Betrug durch Verschweigen.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftl. Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Hans Rues
Referendar aus Eßlingen.

Urach (Württbg.)
Druck der Fr. Bühlerschen Buchdruckerei / Inh. Dr. Otto Weise
1938

Zum Druck genehmigt von der
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Tübingen.

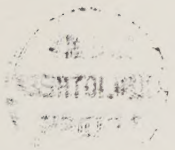
Obmann: Professor Dr. Eisser.
Die Arbeit wurde von dem verstorbenen Professor Dr. Hegler angeregt.

1. Berichterstatter: Professor Dr. Kern, Tübingen.
2. Berichterstatter: Professor Dr. Kreller, Tübingen.

Tag der mündlichen Prüfung: 1. Februar 1938.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinem Vater.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549602_0057

Abkürzungen.

AKZ.	=	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht.
Bank Arch.	=	Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen.
Denkschr.	=	Das kommende Strafrecht. Bericht über die Arbeit der Amtl. Strafrechtskommission.
DJ.	=	Deutsche Justiz.
DJZ.	=	Deutsche Juristenzeitung.
DRZ.	=	Deutsche Richterzeitung.
DR.	=	Deutsches Recht.
Ger. Saal	=	Gerichtssaal.
Goltd. A.	=	Goltdammer, Archiv für Strafrecht.
HRR.	=	Höchstrichterliche Rechtsprechung.
JR.	=	Juristische Rundschau.
JW.	=	Juristische Wochenschrift.
KG.	=	Kammergericht.
Recht	=	Das Recht, Juristisches Zentralblatt für Praktik.
RG.	=	Reichsgericht.
RGSt.	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RGZ.	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
ZStW.	=	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

Schrifttumsverzeichnis.

I. Erscheinungszeit vor 1933.

Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1922.

Beling: Die Lehre vom Verbrechen, 1906.

Binding: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, bes. Teil, Bd. I, 1. Hälfte, 1896. (abgek.: Grundriß).

— Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, bes. Teil, Bd. I, II 1, II 2, 1902/05.

Carolina und ihre Vorgängerinnen, Text und Erläuterung, herausgeg. von J. Kohler und Willy Scheel, 1900.

Cleric v.: Betrug verübt durch Schweigen, 1918.

Ebermayer: Der Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs. Nach den Beschlüssen der Strafrechtskommission, 1914.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 4. Aufl. 1929 (Leipz. Komm.).

Eckstein: Die Bereicherungsdelikte, insbesondere der Betrug bei öffenlt. und privatrechtl. Zwangsverhältnissen. Goltd. Arch. 59 S. 29 ff.

Elster: Treu und Glauben. Handb. der Rechtswissensch. Bd. 6 S. 55 ff.

— Sitte und Sittenwidrigkeit. Handb. d. Rechtswissensch. Bd. 5 S. 493.

Ennecceruss-Kipp-Wolf: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Einl. Allg. Teil, 1928.

Entwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch nebst Begründung von 1919.

Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch von 1920, Zusammenstellung.

Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung von 1925.

Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung von 1927.

Escher: Die Lehre von dem strafbaren Betruge und von der Fälschung, 1840.

Feuerbach: Lehrbuch des peinlichen Rechts, 13. Aufl. 1840.

Finger: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Bd. 1910.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931.

Freund: Ueber das Recht auf Wahrheit, 1862.

Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches und Begründung. Herausgeg. von Kahl, v. Lilienthal, von Liszt und Goldschmidt, 1911.

Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht, 1932.

Gerlach: Das unechte Unterlassungsdelikt unter besonderer Berücksichtigung des Betruges. Diss. Bonn, 1929.

Goltdammer: Materialien zum Preuß. Strafgesetzbuch, Bd. 1 und 2, 1851/52.

Groß: Der Raritätenbetrug. Berlin 1901.

Haager: Zur Lehre von dem strafbaren Betruge, insbes. in Vertragsverhältnissen. Ger.Saal 27 S. 561.

Heck: Grundriß des Schuldrechts, 1929.

Hegler: Betrug: Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, 1907. Bes. Teil Bd. 7 S. 404 ff.

— Besprechung einer Reichsgerichtsentscheidung. JW. 1925 S. 1499 ff.

— Die Systematik der Vermögensdelikte. Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. 9 S. 369 ff.

— Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente, Festgabe für Frank, 1930. Bd. 1 S. 251 ff.
— Die Merkmale des Verbrechens, ZStW. 36 S. 19, 184.
Heilbronner: Der Begriff „Unterdrückung wahrer Tatsachen beim Betruge". Diss. 1898.
Hellwig: Psychologie und Vernehmungstechnik bei Tatbestandsermittlungen, 1927.
Henle: Treu und Glauben im Rechtsverkehr, 1912.
Hippel v.: Lehrbuch des Strafrechts, 1932.
Huber: Recht und Rechtsverwirklichung, 1920.
Hoffmann, Johannes: Schweigen als Betrug. Diss. Breslau 1922.
Jellinek: Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 1878.
Kadecka: Der österr. Strafgesetzentwurf von 1927, 2. Aufl.
Klee: Untreue im Handelsverkehr und Begriff des Vermögensstückes im Sinn des § 266 StGB. Zentr.Bl. f. HR. 1926 S. 335.
Köstlin: Abhandlungen aus dem Strafrecht, Tübingen 1858.
Kohler: Treu und Glauben im Verkehr, 1893.
Kohlrausch: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich mit Erläuterungen, 31. Aufl. 1934.
Küessner: Das Unterdrücken wahrer Tatsachen als Mittel der Verübung eines Betrugs, 1909. Diss. Halle.
Kommentar der Reichsgerichtsräte, 8. Aufl. 1934.
Landsberg: Die sog. Commissivdelikte durch Unterlassung, 1890.
Lehmann: Allgemeiner Teil des BGB. 3. Aufl. 1928.
Liszt, v.: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 21./22. Aufl. 1919.
— Deliktsobligationen im System des bürgerlichen Gesetzbuches, 1898.
Liszt, v.-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl. 1927.
Lucas: Anleitung zur strafrechtlichen Praxis, 2. Aufl. 1905/07.
Mattil: Treu und Glauben im Strafprozeß. Arch. für StR. und St.-Prozeß Bd. 77 S. 1 ff.
May, Simon: Schweigen als strafbarer Betrug. Diss. Franfkurt/M., 1923.
Merkel: Kriminalistische Abhandlungen, 2. Teil: Die Lehre vom strafbaren Betrug, Leipzig, 1867.
Mezger: Lehrbuch des Strafrechts, 1931.
Mayer-Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 7. Aufl.
Mittermaier: Das Wesen des strafbaren Betrugs. Ger.Saal 10 S. 122.
Müller-Erzbach: Wohin führt die Interessenjurisprudenz? 1932.
Nolting, Heinrich: Ist Betrug als Kommissivdelikt durch Unterlassung denkbar? Diss. Greifswald 1920.
Olshausen, v.: Kommentar zum StGB. für das Deutsche Reich, 1926.
Oppenhoff-Delius: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 14. Aufl. 1901.
Radbruch: Einführung in die Rechtswissenschaft, 1929.
Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 1—10 1879—1888.
Reymann: Die Handlung des Betrügers. Diss. Freiburg, 1908.
Rommel: Der Betrug, eine strafrechtliche Studie. 1894.
Rotering: Aus der Lehre vom Betrug. Ger.Saal Bd. 67 S. 186 ff.
Sauer: Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung. Festg. Frank Bd. 1 S. 202.
Schönfeld: Die logische Struktur der Rechtsordnung, 1927.
Schmidt, Richard: Grundriß des deutschen Strafrechts, 1932.
Schorn: Das Schweigen in der Betrugsrechtsprechung des RG. in Jur. Wochenschr. 1930 S. 3381.

Schütze: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1874.
Schwarze, v.: Kommentar zum StGB., 5. Aufl. 1884.
Schwartz: Das Reichsstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1934.
Stammler: Die Lehre vom richtigen Recht, 1902.
Staudinger: Kommentar zum BGB. Allg. Teil 1936.
Steinbach: Treu und Glauben im Verkehr, 1900.
Temme: Die Lehre vom strafbaren Betrug nach preuß. Recht, 1841.
Träger: Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 1904.
— Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht. Festg. Enneccerus.
Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, 1909.
Wachenfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1914.
Wächter, v.: Deutsches Strafrecht, 1881.
Zimmerl: Strafrechtliche Arbeitsmethode, 1932.

II. Seit 1933 erschienenes Schrifttum.

Borst: Der zukünftige Betrugsbegriff, JW. 1935 S. 1221.
Busch: Betrug durch Schweigen, 1934.
Culemann: Schutz gegen Kreditbetrug, 1934.
Dahm: Betrug, in Gürtner, Denkschr. Bd. 2 S. 458.
— Untreue, in Gürtner, Denkschr. Bd. 2 S. 445.
— Strafrichter und Gesetz im neuen Staat, 1934.
Dahm-Schaffstein: Liberales oder autoritäres Strafrecht, 1933.
Dalcke: Strafrecht und Strafprozeßrecht, 1936, 27. Aufl.
Engisch: Einheit der Rechtsordnung, 1935.
Frank: Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht, 1. Teil: 1935, 2. Teil: 1936.
— Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, 1935.
Freiesleben-Kirchner-Niethammer: Ergänzungsband zu Olsh. Komm. 1935.
Freisler: Der Wandel der politischen Grundanschauungen in Deutschland und sein Einfluß auf die Erneuerung von Strafrecht, Strafprozeß und Strafvollzug. DJ. 1935 S. 1247.
— Deutsches Strafrecht, Vermächtnis und Aufgabe. Deutsches Strafrecht, 1934 S. 1.
— Nationalsozialistisches Strafrecht, DJ. 1934 S. 471.
— Gedanken zur Technik des werdenden Strafrechts und seiner Tatbestände, ZStW. Bd. 55 S. 503.
— Schutz des Volkes oder des Rechtsbrechers, Deutsches Strafrecht, 1935 S. 1.
— Das neue Strafrecht. Grundsätzl. Gedanken zum Geleit, 1937.
— Der Heimweg des Rechts in die völkische Sittenordnung. Beitr. zum Recht des neuen Deutschlands, 1936.
Forsthoff: Der totale Staat, 1933.
Gürtner: Das neue Strafrecht. Grunds. Ged. zum Geleit, 1937.
— Das kommende Strafrecht. Bericht über die Arbeit der Amtl. Strafrechtskomm. Bd. 1 und 2, 2. Aufl.
— Der Gedanke der Gerechtigkeit in der deutschen Strafrechtserneuerung. DJ. 1935 S. 1241.
Gerland: Besprechung einer Entscheidung des RG. JW. 1933 S. 435.
Hartung: Betrug durch Schweigen in der Rechtsprechung des RG. DRZ. 1935 S. 330.

Hedemann: Flucht in die Generalklauseln.
Henkel: Strafrichter und Gesetz im neuen Staat, 1934.
— Die materielle Rechtswidrigkeit, ZStW. Bd. 55 S. 37 ff.
Hubernagel: Nationalsozialistische Rechtsauffassung und die Generalklauseln. Frank Handb. S. 971.
Kerrl: Nationalsozialistisches Strafrecht. Denkschr. d. Preuß. Justizministers.
Kissin: Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten, 1933.
Klausing: Ueber das Diskontgeschäft der Reichsbank. Zugl. ein Beitr. zur Rechtstatsachenforschung und zur Methodik der Rechtsanwendung und Rechtsfindung, JW. 1934 S. 930.
Laun: Recht und Sittlichkeit, 1935.
Lange: Vom alten zum neuen Schuldrecht, 1934.
Mayer, Hellmut: Das Strafrecht des deutschen Volkes, 1936.
Mezger: Deutsches Strafrecht. Ein Leitfaden, 1936.
— Die materielle Rechtswidrigkeit. ZStW. Bd. 55 S. 1.
— Besprechung einer Entscheidung des RG. in JW. 1934 S. 1052.
Müller-Erzbach: Lassen sich das Recht und das Rechtsleben tiefer und sicherer erfassen? 1934.
Nagler: Staatsidee und Strafrecht. Ger.Saal 103 S. 1.
Nicolai: Rassengesetzliche Rechtslehre, 1933.
Oellrich: Wohlfahrtsbetrug, ZStW. Bd. 55 S. 71.
Palland-Richter: Die Justizausbildungsordnung, 1934.
Roling: Zur Bekämpfung des Betrugs, insbes. des Geldvermittlerschwindels, DJ. 55 S. 255.
Sauer: Wendung zum nationalen Strafrecht. Ger.Saal 103 S. 1.
Schaffstein: Nationalsozialistisches Strafrecht. Gedanken zur Denkschr. ZStW. 55 S. 605.
— Das Verbrechen als Pflichtverletzung in Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1936.
— Die materielle Rechtswidrigkeit. ZStW. Bd. 55 S. 18.
Schäfer-Dohnanyi: Die Strafgesetznovellen der Jahre 1931/35; Nachtr. zu Frank StGB.
Schlegelberger: Vom Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung, 1934.
Schmelzeisen: Das Recht im nationalsozialistischen Weltbild, 1935.
Schmid, Friedrich: Der Betrug, 1935.
Schoenfeld: Das Rechtsbewußtsein der Langobarden.
Schwinge-Siebert: Das neue Untreuestrafrecht, 1934.
Schwinge: Besprechungen in JW. 1935, S. 1697, 2054, 3321.
Siebert, Die Volksgemeinschaft im bürgerlichen Recht, Frank Handb. S. 957.
Siegert: Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate, 1934.
Stoll: Bürgerliches Recht in der Zeitenwende, 1933.
— Die Gesetzgebung des Dritten Reiches auf dem Gebiet des Privatrechts. AkZ. 1934 S. 137.
— Die Lehre von den Leistungsstörungen, 1936.
— Vertrag und Unrecht.
Wachinger: Gerichtssaal Bd. 102 S. 376 ff.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

1. Abschnitt: Der Betrug, eine Straftat gegen das Vermögen . . . 1

§ 1. Uebersicht über die geschichtliche Entwicklung und die ausländischen Strafgesetzbücher, insbesondere auch in Bezug auf die Täuschungshandlung 1

§ 2. Bedingen die Grundforderungen des nationalsozialistischen Strafrechts eine Aenderung im Wesen des Betrugs? 8

2. Abschnitt: Die Täuschungshandlung 11

§ 3. Die Täuschungsmerkmale nach dem Wortlaut des Strafgesetzbuches von 1871 11

1. Der Tatsachenbegriff und seine Unhaltbarkeit 11
2. Das Vorspiegeln falscher Tatsachen 16
3. Das Entstellen wahrer Tatsachen 16
4. Das Unterdrücken wahrer Tatsachen 17
5. Die Erscheinungsformen und das Verhältnis der Täuschungsmittel 17

§ 4. Das schlüssige Verhalten 21

3. Abschnitt: Das reine Schweigen 29

§ 5. Die Anwendung der Grundsätze der Begehungsstraftaten durch Unterlassung 29

§ 6. Die Rechtspflichten zur Aufklärung eines Irrtums 30

4. Abschnitt: Die Grundsätze von Treu und Glauben 39

§ 7. Die Grundsätze von Treu und Glauben 39

1. Im älteren Schrifttum 39
2. In der neueren Rechtsprechung 39
3. Im neueren Schrifttum 39

§ 8. Die unberechtigte Einschränkung der Grundsätze über Treu und Glauben auf Vertrauensverhältnisse 47

§ 9. Die Bedeutung der Grundsätze von Treu und Glauben beim bürgerlichrechtlichen Betrug und die Folgerung bei Bejahung der Einheit der Rechtsordnung 49

§ 10. Die wertbedingte Ausfüllung der Grundsätze von Treu und Glauben 54

§ 11. Die Einheit von Recht, Sitte und Moral 57

§ 12. Das neue Untreuestrafrecht und seine Bedeutung für unser Problem 60

§ 13. Die Bedenken gegen die Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben und deren Widerlegung 62

§ 14. Die Entwürfe und die Stellung der Amtlichen Strafrechtskommission 65

5. Abschnitt: Die Zusammenstellung der Einzelfälle, in denen Treu und Glauben, Anstand und gute Sitten die Offenbarung von Umständen verlangen 70

§ 15. Allgemeines 70

§ 16. Die Offenbarungspflicht bei Rechts- und Sachmängeln 71

§ 17. Die Offenbarungspflicht in sonstigen Fällen 74

§ 18. Die Offenbarungspflicht beim Darlehens- und Kreditbetrug . . . 77

§ 19. Die Offenbarungspflicht beim Unterstützungsbetrug 81

Schlußbetrachtung 82

1. Abschnitt.

Der Betrug, eine Straftat gegen das Vermögen.

§ 1.

Uebersicht über die geschichtliche Entwicklung und die ausländischen Strafgesetzbücher, insbesondere auch in Bezug auf die Täuschungshandlung.

Eine Darstellung des Betrugs in seiner geschichtlichen Entwicklung kann im Rahmen dieser Arbeit nicht gegeben werden. Es erscheint jedoch eine Erörterung in dieser Richtung insoweit als angebracht, als wir aus den in den jeweiligen Zeitabschnitten herrschenden Ansichten uns ein Bild machen können, aus dem dann etwaige Schlüsse für die Gestaltung und Ausprägung des kommenden Betrugsbegriffes gezogen werden können. Auch ist durch die Anerkennung des Willensstrafrechtes die Frage aufzuwerfen, ob nicht dadurch — da ja beim Betrug ein wesentliches die arglistige, unfaire Gesinnung ausmacht — und durch die Ausfüllung des Vermögensverkehrs mit ethischen und sittlichen Werten der Betrugscharakter eine Aenderung zu erfahren hat.

Das römische Recht kannte keinen einheitlichen Tatbestand des Betrugs. Der Hauptsache nach sind diejenigen Verbrechen die wir heute unter dem Betrugstatbestand zusammenfassen, in der lex Cornelia de falsis [1], sowie in den sich an dasselbe anschließenden Senatskonsulten und Kaiserl. Konstitutionen [2], die falsa und quasi falsa behandeln und in den Fragmenten des corpus juris civilis, welche den stellionatus betreffen [3], enthalten.

Die Frage, die hier von Belang ist, ist einmal, ob der Stellionat den Eigentumsverbrechen, weil als Angriffsgegenstand das Vermögen in Betracht kommt, zuzurechnen ist, zum anderen, ob zur Begehung positive Veranstaltungen notwendig waren oder einfaches Schweigen genügt hat. Die meisten Schriftsteller stimmen darin überein, daß wir es beim Stellionat mit einem Eigen-

---

[1] Die dortigen crimen falsi bezogen sich aber nur auf die Testaments- und Münzfälschungen.

[2] Die die Ausdehnungen auf andere Fälschungen brachten.

[3] Hienach findet die stellionatus persecutio statt wegen aller rechtswidrigen, in arglistiger Weise oder durch betrügerisches und ränkevolles Handeln herbeigeführten Benachteiligung anderer an ihrem Vermögen, ohne in eine bestimmte Straftat überzugehen; vgl. Merkel a. a. O. II S. 2

tumsverbrechen zu tun haben.[4] Aus den Vorschriften[5], sowie aus der Betonung der machinatio im römischen Recht ist zu schließen, daß ein bloßes Schweigen nicht genügte, vielmehr positive Veranstaltungen, ja sogar ein ränkevolles Handeln notwendig waren.[6]

Im Gegensatz hierzu stand das kanonische Recht, das von seiner theologischen Lehre aus die Gebote der Moral und Religion zu obersten Rechtssätze erhob und daher zu einer Bejahung der Möglichkeit der Begehung des Betrugs durch bloßes Schweigen kommen mußte.

Für die Entwicklung des Betrugsbegriffes und der Betrugslehre ist verhängnisvoll geworden, daß man über das Verhältnis des Stellionat und Falsum zueinander, ja nicht einmal über das Letztere ins Klare gekommen ist. Die Vermengung des Betrugs und der Fälschung in der arglistigen Wahrheitsentstellung, die in der gemeinrechtlichen Lehre sich entwickelnde Möglichkeit der Verletzung eines Rechts auf Wahrheit, das Aufgeben der Benachteiligung Dritter als wesentliches Merkmal, somit die Lossagung vom Wesen des Betrugs als einer Straftat gegen das Vermögen, die Ersetzung dieses Merkmals durch die weite Fassung „gegen den Widerspruch mit irgend welchen Rechten Dritter“[7], das Geltenlassen der Vermögens- und Familienrechte als Angriffsgegenstände, das Herabdrücken des Nachteils zum bloßen Strafzumessungsgrund[8], das innerhalb dieser Merkmale wiederum teilweise Auseinandergehen der Meinungen schaffte einen Zustand der Verwirrung und Unklarheit Dazu kommt, daß die deutschen Reichsgesetze über den Betrug nichts enthielten und, soweit sie Bestimmungen aufnahmen, z. B. die Betrügereien mit verfälschten Waren in den Reichspolizeiordnungen, diese für die Entwicklung der Betrugslehre von keiner Bedeutung waren. Insbesondere schwieg die CCC[9]; denn der in Art. 115 behandelte Betrug mittels gefälschter Kaufmannschaft ist gar kein Fall des Betrugs.[10]

Aus dieser geschichtlichen Entwicklung können wir jedenfalls ohne Zweifel das eine feststellen, daß eine klare eindeutige Fassung und eine strenge Scheidung von den Fälschungsdelikten nur möglich ist, wenn der Betrug aufgefaßt wird als „ein

---

[4] Vgl. Merkel a. a. O. S. 4 und Köstlin Abh. S. 126/7.
[5] l 3 § 1 D 47, 20 und l 1 § 2 D 4, 3.
[6] Vgl. hierzu Temme S. 41 und Nolting S. 34.
[7] Vgl. Merkel II S. 31.
[8] So Martin, § 193 Anm. 17.
[9] In den Art. 111, 112, 114 enthielt die CCC lediglich Bestimmungen über Fälschung von Urkunden, Münzen und Gewichten und böslicher Verrückung von Grenzsteinen.
[10] So Hegler, VD. S. 411.

Angriff auf das Vermögen eines anderen durch das Angriffsmittel der Täuschung".[11]

Daß bei einer derartigen Verwirrung und Unklarheit die Rechtslehre und Rechtsprechung zu verschiedenen Endergebnissen kommen müssen, ist verständlich. In den Gesetzbüchern der verschiedenen Ländern spiegeln sich daher auch die verschiedenen Auffassungen. In diesen hat die gemeinrechtliche Lehre teils ihren Niederschlag, teils ihre Fortbildung erfahren.[12]

Eine grundsätzliche Scheidung tritt ein durch das Festhalten und Ausbilden der vermögensrechtlichen Natur des Betrugs und durch die Frage, ob der Betrug ein tätiges Handeln erfordert oder ein Schweigen genügt. Was nun zunächst letzteres Unterscheidungsmerkmal anbelangt, so kann man in den neueren Gesetzbüchern drei Auffassungen finden[13]:

1. diejenige, die am weitesten ging und sich an die durch das kanonische Recht ausgebildete Lehre, daß nämlich jeder unrechtmäßige Gewinn, der erlangt ist durch die Unterdrückung der Wahrheit, ein ertrogener sei[14] anschloß, besagte, es genüge schon das alleinige Vorenthalten der Wahrheit, deren Mitteilung sich nach den Umständen erwarten ließe. Daraus ergab sich eine Mitteilungspflicht nicht bloß bei einer Rechtspflicht, sondern auch schon wenn Moral, Anstand und Verkehrsgepflogenheit dies gebot. Diese Auffassung fand im Art. 351 des Württ. Strafgesetzbuches von 1839 ihren Niederschlag.

2. Zu der anderen Gruppe gehören die Gesetzbücher, bei denen das Verschweigen oder Vorenthalten wahrer Tatsachen nur dann den Betrugstatbestand erfüllen, wenn sie näher umschrieben sind.[15]

3. Bei der dritten Gruppe von Gesetzbüchern, „die den Pulsschlag der Zeit vernehmlicher empfunden und den Bedürfnisbildungen des Lebens bessere Rechnung getragen haben"[16], ist ein tätiges Verhalten ausnahmslos erforderlich. Ein Schweigen genügt keinesfalls. So hat das bayer. StGB. von 1861 den Täuschungsvorgang gekennzeichnet „mittels Vorspiegelung falscher oder mittels Unterdrückung wahrer Tatsachen oder mittels Anwendung arglistiger Kunstgriffe". Das Allg. Preuß. Landrecht

---

[11] Hegler a. a. O. S. 411; Merkel a. a. O.; Binding, Lehrb. I S. 339; vgl. auch Rommel a. a. O. S. 6.

[12] Vgl. Merkel II S. 50.

[13] Vgl. hierzu vor allem Rotering a. a. O. S. 202 ff.

[14] Vgl. Köstlin, Abh. S. 141.

[15] So im bayer. StGB. von 1831 Art. 325: „Mit Verletzung der Pflicht die Wahrheit zu sagen"; hess. StGB. von 1841 Art. 391; Sachsen-Altenburg. StGB. von 1838 Art. 245: „Unter Verhältnissen, wo er die Wahrheit zu sagen rechtlich verpflichtet war".

[16] Rotering a. a. O. S. 203.

II, 20 § 1256 weist durch die Worte „Veranlassung eines Irrtums" ganz bestimmt auf eine äußere Handlung, auf eine Tätigkeit hin.

Für diese Entwicklung der Gesetzbücher der verschiedenen Länder ist jedenfalls der Umstand ersichtlich und nicht von der Hand zu weisen, daß sie in einer Zeit des Sieges der liberalistischen Lehre und des allmählichen, aber unaufhaltsamen Umschwungs des Handelsverkehrs entstanden sind.

Bei der Beratung der Preuß. Entwürfe war ebenfalls eine entscheidende Frage, ob schon das negative Verhalten an und für sich als geeignetes Täuschungsmittel anzuerkennen sei.[17] Die Entwürfe von 1843, 1845, 1847 und 1850 gingen bewußt von der Fassung des Entwurfes von 1836 ab, der die Benützung des Irrtums, in dem sich der Geschädigte bereits befunden, zum Tatbestandsmerkmal bestimmt hatte, und zwar unter Verweisung auf das Zivilrecht, nach dem derjenige den Schaden zu tragen hat, welcher den Irrtum hat aufkommen lassen, da niemand verpflichtet sei, einen anderen, der ein nachteiliges Geschäft eingehe, vor Schaden zu warnen. Sie haben daher die Benutzung des Irrtums nicht zum Tatbestandsmerkmal erhoben. Bei der Beratung des Entwurfs von 1843 wurde ausdrücklich hervorgehoben, daß der Ausdruck „Unterdrückung von wahren Tatsachen" nicht gleichbedeutend sein soll mit der „Benutzung eines Irrtums", denn jener setze eine Verhinderung der Erkenntnis der Wahrheit durch tätiges Handeln voraus.[18] Rechtslehre[19] und Rechtsprechung[20] haben darauf hingewiesen, daß die Unterdrückung wahrer Tatsachen tätiges Handeln voraussetzen, sodaß ein untätiges Verhalten, ein Verschweigen von Tatsachen, für sich allein nicht als Unterdrückung angesehen werden könne.

Was nun die Frage der Ausgestaltung des Betrugstatbestandes als eine Vermögensstraftat anlangt, so müssen wir feststellen, daß die meisten Strafgesetzbücher den Betrug fast ausschließlich als ein Verbrechen gegen die Vermögensrechte auffassen: so das Preuß. StGB. von 1851 in § 241[21], das Bayr. StGB.

---

[17] Preuß. StGB. von 1851 § 241: „Durch Vorbringen falscher oder durch Entstellen oder Unterdrücken wahrer Tatsachen".

[18] Vgl. Goltd. Mat. S. 539.

[19] Vgl. Temme a. a. O. S. 43.

[20] Vgl. Goltd. Arch. Bd. 1 S. 248: Bd. 2 S. 833, wo auf ein Urt. des Königl. Obertribunals vom 15. 9. 1854 Bezug genommen wird, wo festgestellt wurde, daß das Erfordernis positiver Handlung zum Tatbestand der Unterdrückung wahrer Tatsachen festgehalten werden müsse.

[21] Das Preuß. Allg. Landrecht gab durch die Behandlung des Betrugs unter „Beschädigung des Vermögens" einerseits, durch die tatbestandliche Fassung des Betrugs in § 1256 als „jede vorsätzliche Veranlassung eines Irrtums, wodurch jemand an seinen Rechten gekränkt werden soll", zu Zweifeln Anlaß. Schrifttum und Rechtsprechung hatten sich jedoch für die engere Auslegung entschieden, vgl. Merkel S. 62.

von 1861 [22], Sächs. StGB. von 1855 Art. 284, Bad. StGB. von 1845, § 450 und das Württ. StGB. von 1839 Art. 351 [23] u. a. [24]

Einen erweiterten Betrugsbegriff weisen diejenigen Strafgesetzbücher auf, die das kennzeichnende Merkmal des Betruges nicht in einem Angriff auf das Vermögen erkannten, sondern in „jeder zum Nachteil der Rechte eines anderen absichtlich und rechtswidrig vorgenommenen Täuschung" [25] einen Betrug erblickten, die also den oben erwähnten, durch die gemeinrechtlichen Lehren entwickelten Begriff aufgriffen und gesetzlich niederlegten. [26]

Die Bestimmungen des geltenden Strafgesetzbuches beruhen im wesentlichen auf der Regelung im Preuß. StGB. von 1851. In der Erkenntnis des Wesens des Betruges als eines Vermögensvergehens und zum Zweck der Scheidung von den Fälschungsstraftaten, erhielt der Betrugsbegriff zweifellos die Bedeutung einer Vermögensstraftat durch Täuschung. Darin ist sich die herrschende Lehre einig.

Trotz dieser im Laufe der Jahrzehnte ausgebildeten Auffassung ist im Schrifttum die Meinung vertreten worden, der Betrug stelle sich als eine Straftat gegen Treu und Glauben dar. Zu erwähnen ist Kohler [27], der ausführt, daß alle Manöver zur Veränderung der Herkunftsbezeichnung sich als fluchwürdige Vergehungen gegen das Gesetz von Treu und Glauben darstellen. Die Behandlung der Betrugsfälle zeige deutlich die Weise, mehr nach den Begriffen und Gesetzesmotiven zu interpretieren, als nach den in dem ganzen Gesetz waltenden Tendenzen und nach dem Postulat des Kulturlebens, die zum Gesetze geführt hätten. Im Anschluß an Kohler vertritt Eckstein [28] die Ansicht, daß die Rechtsverhältnisse, die dem Betrug zu Grunde liegen, entweder privat- oder öffentlichrechtlicher Natur sind. Das Privatrecht sei gegründet auf Treu und Glauben. Zwar bestehe für den Einzelnen nicht eine Pflicht zur Wahrheit, wohl aber eine Pflicht zur Wahrung von Treu und Glauben. Wer gegen Treu und Glauben verstoße, betrügt, und dieser Betrug

---

[22] Im Gegensatz zum Codex Max v. 1751 und dem Bayr. StGB. von 1813, die gemäß der gemeinrechtlichen Lehre an dem vagen, nicht auf Vermögensverhältnisse abstellenden Betrugsbegriff festhielten.

[23] Wohl nicht dem Wortlaut nach, aber der Auslegung und Auffassung der Rechtsprechung, vgl. Merkel II S. 63.

[24] Vgl. Merkel a. a. O.

[25] So das Hannöv. StGB. in Art. 308.

[26] So vor allem das hessische StGB. Art. 391, das sächs. StGB., vor allem aber das österr. StGB. Dem Wortlaut nach auch das württ. StGB., vgl. aber Anm. 23.

[27] a. a. O. S. 11.

[28] Goltd. Arch. Bd. 59 S. 31.

falle unter den gesetzlichen Voraussetzungen unter die Strafbestimmung des § 263 StGB.

Vor allem aber ist es v. Cleric[29], der den Betrug als eine Straftat in erster Linie gegen das Rechtsgut „Treu und Glauben" und erst in zweiter Linie gegen das Vermögen auffaßt. Er leitet die Rechtspflichtwidrigkeit des Schweigens aus der Verletzung des Rechtsgutes Treu und Glauben ab. Entscheidend ist für ihn vor allem, daß die Frage, wann ein Schweigen rechtspflichtwidrig ist, im Strafrecht und im Zivilrecht nach den gleichen Grundsätzen zu lösen ist. Der Grundsatz von Treu und Glauben gebe das Hauptmerkmal für die Aufklärungspflichten ab und dieser Grundsatz könne nicht im Zivilrecht diese und im Strafrecht jene Färbung haben.[30]

In neuester Zeit hat sich in besonderem Maße Borst[31] für die Auffassung des Betrugs als einer Straftat gegen Treu und Glauben eingesetzt unter bewußter Abwendung von der seitherigen Lehre des Betrugs als einer Vermögensstraftat. Für ihn ist nicht die Vermögensbeschädigung, vielmehr Lug und Trug, der Verstoß gegen die Wahrheit das Entscheidende. Gerade vom Standpunkt eines Willensstrafrechtes könne es niemals auf den Erfolg ankommen, ob nämlich eine Vermögensbeschädigung oder Vermögensgefährdung nachgewiesen werden könne oder nicht, da damit die Strafbarkeit von äußerlichen und zufälligen Umständen abhängig gemacht werde, vielmehr zeige sich der verbrecherische Wille in der Lüge und Täuschung.[32] Siegert[33] sieht in dem Betrug ebenfalls eine Straftat gegen Treu und Glauben.

Den Ausführungen ist nur zum Teil beizustimmen. Es birgt die Ausgestaltung des von Cleric und Borst vorgeschlagenen Betrugsbegriffes die Gefahr der schwierigen Abgrenzung von den Fälschungsvergehen in sich. Die eigene und ausländische Entwicklung und Ausbildung des Betrugsbegriffes zeigen uns, wohin ein derartiger vager Betrugsbegriff führt. So sehr den Ausführungen bezüglich der Täuschungshandlung und der Ansicht, daß die Volksgenossen durch das Gesetz ihres eigenen Daseins als Artgenossen zu einem Treu und Glauben entsprechenden Verhalten verpflichtet sind, zuzustimmen ist, so verlangt jedoch die Gefahr der Vermengung mit anderen, grund-

[29] a. a. O. S. 96 ff.

[30] a. a. O. S. 5.

[31] a. a. O. S. 1221.

[32] Sein Vorschlag bezügl. des Betrugtatbestandes geht dahin: „wer es unternimmt, einen anderen zu täuschen, in der Absicht, sich einen Vorteil aus der Täuschung zu verschaffen, wird wegen Betrugs bestraft.

[33] a. a. O. S. 124.

sätzlich verschiedenen Straftaten, das Festhalten an dem Betrugsbegriff als eines Vermögensvergehens.

Soweit im Rahmen dieser Ausführungen die ausländischen Rechte von Belang sind, können wir feststellen, daß die weitaus meisten Strafgesetze den Betrug als ein Vermögensvergehen auffassen.[34] Eine Ausnahme hiervon macht vor allem das österr. StGB., das auch heute noch, im wesentlichen fußend auf den Bestimmungen des Gesetzes von 1803, trotz der seit längerer Zeit erfolgten Bekämpfung daran festhält, daß der Betrug kein ausgesprochenes Vermögensvergehen, als vielmehr eine vage, durch die Art seiner Verübung, nicht durch das angegriffene Rechtsgut gekennzeichnete Straftat ist.[35] Wie die geschichtliche Entwicklung zeigt, steht mit einer solchen Auffassung im engsten Zusammenhang die Zusammenfassung der an sich verschiedenartigsten Straftaten unter dem Tatbestand des Betruges. So erblickt das geltende österr. StGB. in den in §§ 199 c, d, e, und § 201 a geregelten Fälschungsdelikten, in dem in § 199 a geregelten Eidesdelikt und in der Fundunterschlagung, § 201 c, sowie im betrügerischen Bankerott, § 199 f, Arten des Betruges. Gegen diese Vermengung des Betrugstatbestandes mit den verschiedenartigsten Vergehen und Verbrechen wenden sich vor allem die Entwürfe. Es sei in diesem Zusammenhang, der Einfachheit halber, die Fassung im Entw. 1927 § 343 genannt[36]: „Wer in der Absicht, sich oder einen anderen unrechtmäßig zu bereichern, jemand durch eine Täuschung über Tatsachen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung bestimmt, die für das Vermögen des Getäuschten oder eines anderen nachteilig ist . . .". In der Amtlichen Begründung[37] wird dann auch entschieden betont, daß sich der Betrugsbegriff wesentlich von dem des geltenden Rechts unterscheide. „Zahlreiche Tatbestände in denen das geltende StGB. Arten des Betruges erblickt, werden selbständig behandelt. Diese Aussonderung hängt damit zusammen, daß der Entwurf, wie alle neuen Strafgesetzbücher, den Betrug als Vermögensdelikt behandelt und des vagen Charakters entkleidet, den ihm das geltende StGB. dadurch beilegt, daß es die Absicht des Täters genügen läßt, einem anderen an irgend welchen Rechten Schaden zuzufügen."

Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, daß die meisten ausländischen Strafgesetzbücher in Bezug auf die Täuschungshandlung eine andere Fassung aufweisen. Trotzdem lassen sich zwei Arten herausstellen, die eine, welche die Täuschungs-

[34] Vgl. im einzelnen Hegler, VD. S. 448 ff., 519.
[35] § 197 österr. StG.: „An seinem Eigentum oder an seinen Rechten".
[36] Vgl. Kadecka S. 154.
[37] S. 253.

mittel näher und im einzelnen angibt, während die andere Art die Täuschungsmittel allgemeiner faßt. Erstere Art liegt vor allem dem franz. Betrugsbegriff zu Grunde, der in einer genauen wahlweisen Aufzählung die Täuschungshandlung umschreibt, um damit eine zu weit gehende Ausdehnung des Betruges zu vermeiden. Im Gegensatz hierzu stehen die Strafgesetzbücher, die nach Art der deutschen Fassung durch das Erfordernis der Vorspiegelung, Entstellung und Unterdrückung und dem Abstellen auf Tatsachen ebenfalls eine gewisse Einschränkung herbeiführen wollen, aber lange nicht in dem Maße wie bei der franz. Ausgestaltung.[38]

Abschließend können wir aus dieser Betrachtung der geschichtlichen Entwicklung des Betrugsbegriffes feststellen, daß der Betrug als eine ausgesprochene Straftat gegen den Vermögensverkehr sich darstellt und soweit diesem Wesen nicht Rechnung getragen worden ist, eine weitgehende Verwirrung hervorgerufen wurde.

§ 2.

Bedingen die Grundforderungen des nationalsozialistischen Strafrechts eine Aenderung im Wesen des Betrugs?

Das kommende Strafrecht sieht für einen großen Teil der Straftatbestände gegenüber dem geltenden Recht eine Entmaterialisierung vor. Damit liegt die Frage sehr nahe, ob die vorbezeichnete und besprochene Entwicklung des Betrugs beibehalten werden soll oder ob eine Aenderung in der Grundauffassung eintreten muß. Für eine solche spricht vor allem, daß der Betrug gekennzeichnet ist durch die arglistige Gesinnung und deshalb vom Standpunkt des Willensstrafrechts aus unter Berücksichtigung der heutigen Ausfüllung des Vermögensverkehrs mit sittlichen und anständigen Grundauffassungen es angebracht erscheinen würde, auf diese abzustellen. Die Folge wäre jedoch, daß, wie schon betont, eine genaue Unterscheidung zwischen Fälschungs- und Vermögensstraftaten nicht mehr möglich wäre, vielmehr eine Vermengung eintreten würde, sodaß wir anstatt vorwärts, rückwärts schreiten würden. Die Strafrechtskommission hat sich aus diesem Grunde, sowohl in erster als in zweiter Lesung, unter Berücksichtigung der Erfahrungen der österr. Strafrechtsausübung und der neuesten österr. Entwürfe nicht entschließen können, den Betrug anders aufzufassen, als ein Vergehen gegen den Vermögensverkehr.[1]

Die weitere Forderung der nationalsozialistischen Rechtspolitik, nämlich Vereinfachung und Zusammenfassung der Straf-

[38] Vgl. vor allem Hegler, VD. S. 448/49 und 521.
[1] Vgl. Dahm in Gürtner, Denkschrift Bd. 2 S. 458.

tatbestände [2], läßt ebenfalls die Frage einer Aenderung des Betrugstatbestandes auftauchen. In der Erkenntnis, daß dem Strafgesetzbuch jegliche einheitliche Gliederung nach inneren Zusammenhängen fehlt, hat die heutige Rechtswissenschaft, getragen von dem Bewußtsein, daß schon in dem äußeren Aufbau des Besonderen Teiles zum Ausdruck kommt, welche Grundanschauung dem Strafrecht zu Grunde liegt [3], der Gestaltung der Tatbestände ihr besonderes Augenmerk geliehen. Uebersichtlichkeit, Einfachheit der Sprache und Voranstellung wichtiger Grundsätze, die das Rückgrat des Gesetzes darstellen [4], werden die Merkmale des Aufbaus des Besonderen Teiles ausmachen. Um aber eine Uebersichtlichkeit ermöglichen zu können, wird es erforderlich erscheinen, nachdem die Möglichkeit der Rechtsschöpfung unmittelbar aus dem gesunden Volksempfinden dem Richter gegeben ist, „in weiser Beschränkung und wohlabgewogenem Vertrauen auf den gesunden Menschenverstand" [5] nur die Einzelfälle zu regeln, die geregelt werden müssen, nicht aber die, die noch geregelt werden könnten. Die Vielfältigkeit, wie sie das geltende Reichsstrafgesetzbuch aufweist, kann heute nicht mehr aufrecht erhalten werden.

Wenn wir nun diese Forderungen auf den Tatbestand des Betrugs anwenden wollten, so müßten wir zu dem Schlusse kommen, den ersteren loszulösen von der Gebundenheit an den Vermögensverkehr und unter einem erweiterten allgemeinen Betrugsbegriff sämtliche irgendwie denkbaren, außerhalb des Vermögensverkehrs liegenden Taten zu bringen, die mit der Täuschung etwas zu tun haben. Es würde dann darunterfallen: der Ehebetrug, das Erschleichen eines Amtes, der Arbeitsbetrug, worunter zu verstehen ist, durch arglistiges Täuschen und Verschweigen einen Arbeiter zur Aufgabe oder Annahme eines anderen Arbeitsplatzes zu bewegen und dadurch zu schädigen. Bei einem derartigen Vorgehen würden wir die Art der Begehung, nämlich die Täuschung in den Vordergrund stellen, gegenüber einer Auffassung, die den Unrechtsgehalt der Tat des Verbrechers betont. In diesem Fall würde die Forderung, daß die Tatbestände nach ihrem sittlichen Unrechtsgehalt auszurichten sind, gegenüber der anderen, nämlich Zusammenfassung der Tatbestände zum Zwecke der Vereinfachung und Verständlichkeit, in den Hintergrund gestellt. Dies wird aber un-

---

[2] Vgl. hierzu Freisler in „Das neue Strafrecht" S. 79.

[3] In diesem Sinne Freisler in Gürtner, Denkschr. Bd. 2: Der äußere Aufbau des Besonderen Teiles scheine als natürliche Offenbarung der Art, wie der Gesetzgeber politisch, weltanschaulich an das Problem des Verbrechertums herangehe".

[4] Vgl. etwa den Vorspruch zum Reichserbhofgesetz.

[5] Freisler in ZStrW. Bd. 55 S. 520.

möglich das Ziel sein können, das erstrebt werden muß. Weil die erstere Auffassung auf sittlichem Boden erwachsen ist, wird ihr der Vorrang zu geben sein. Denn nach heutiger Rechtsauffassung besteht ein Unterschied zwischen einem Arbeitsbetrug, wie er oben aufgezeigt wurde, und einem Vermögensbetrug, ein Unterschied auch darin, ob ein Ehegatte den anderen über Eigenschaften, die eine Bedrohung der Nachkommenschaft und damit eine Gefährdung und Schädigung der Rasse herbeiführen können, täuscht und damit die Eheschließung erschleicht oder ob er unter Vorspiegelung seiner Kreditfähigkeit ein Darlehen erschwindelt. In beiden Fällen ist der sittliche Unrechtsgehalt ein anderer. Da das nationalsozialistische Strafrecht sich nicht mehr mit der Unterordnung des Sachverhalts unter einen gesetzlichen Tatbestand begnügt, vielmehr von dem Gedanken getragen wird, daß der Täter bestraft werden müsse nach dem sittlichen Unrechtsgehalt, der seiner Tat zu Grunde liegt, kann das kommende Strafrecht — außer dem weiteren Gesichtspunkt der Vermengungsgefahr — einen einheitlichen Täuschungstatbestand nicht aufstellen. Es wird vielmehr die Straftaten, die durch das Merkmal der Täuschung zusammengehalten werden, entsprechend dem zu Grunde liegenden Unrechtsgehalt in verschiedenen Straftatbeständen behandeln.

Wenn in den nationalsozialistischen Leitsätzen[6] gefordert wird, daß die Starrheit scharf abgegrenzter Tatbestandsformulierungen und die Abspaltung weiterer Sondertatbestände nach äußeren Tatbestandsmerkmalen, besonderen Begehungsarten und für besondere Lebensgebiete zu vermeiden sei, so tritt diese Forderung nur scheinbar in einen Widerspruch zu dem eben Ausgeführten. Denn mit dieser Zielsetzung soll hauptsächlich die Ausgestaltung von Sondertatbeständen des Betruges, wie z. B. des Automaten- oder Fahrkartenbetruges, vermieden werden. Daß die Leitsätze an der Ausgestaltung der Straftatbestände nach dem sittlichen Unrechtsgehalt festhalten, zeigt der Leitsatz 6, wo als Ausgangspunkt für den Aufbau der Strafbestimmungen, die treupflichtwidrige Einstellung und Gesinnung des Verbrechers und ihre Verwirklichung festgestellt wird. Genau so wie oben, wollen die Leitsätze den Ehebetrug nicht unter den allgemeinen Betrugsbegriff bringen, vielmehr entsprechend der verbrecherischen Gesinnung und dem darin liegenden Unrechtsgehalt, als eine Straftat gegen die Verletzung der Pflicht zur Bewahrung des völkischen Erbgutes auffassen.

Somit können wir feststellen, daß auch von der nationalsozialistischen Rechtspolitik aus an der Festhaltung des Betruges als einer Straftat gegen das Vermögen nichts im Wege steht.

[6] Bd. 2 S. 123.

2. Abschnitt.

Die Täuschungshandlung.

Es sollen nun nicht die Streitfragen behandelt werden, die die Lehre von den Begehungsstraftaten durch Unterlassung aufweist. In dieser Richtung kann auf die verschiedenen Lehrbücher und Einzelwerke verwiesen werden. Vielmehr soll aufgezeigt werden, inwieweit Rechtslehre und Rechtsprechung imstande waren, die durch die Dreiteilung der Täuschungshandlung bedingte Verwirrung und die dadurch hervorgerufenen Streitigkeiten und Unklarheiten zu beseitigen und wie sich aus dem teilweisen Versagen zwangsläufig eine gesetzliche Neufassung der Täuschungshandlung ergeben muß.

§ 3.

Die Täuschungsmerkmale nach dem Wortlaut des Strafgesetzbuches von 1871.

Das wesentlichste Tatbestandsmerkmal des Betruges bildet die Täuschung, das auf Irrtumserregung gerichtete Verhalten. Das geltende StGB. kennt als Täuschungsmittel die Vorspiegelung falscher, die Entstellung und Unterdrückung wahrer Tatsachen. Bei der wissenschaftlichen Ausgestaltung dieser Merkmale, ihres Verhältnisses zueinander und des Begriffs der „Tatsache" konnte eine einheitliche Lösung nicht erfolgen und die von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung gefundenen und weiter entwickelten Lösungen können den heutigen Anforderungen an die sittliche Ausgestaltung des Betrugsbegriffs gar nicht mehr oder nur zum Teil gerecht werden.

1. Der Tatsachenbegriff und seine Unhaltbarkeit.

Schon der Begriff „Tatsache" gab Anlaß zu Meinungsverschiedenheiten.[1] Der Streit ging vor allem um die Abgrenzung des Tatsachenbegriffes von den Gebieten innerer Vorgänge, von Zukünftigem, Abgabe von Werturteilen und persönlichen Meinungen.

Das Entscheidende für den Tatsachenbegriff ist nach herrschender Lehre etwas objektiv feststehendes, eine objektive Ge-

[1] Vgl. Rommel a. a. O. S. 13/34, der anhand zahlreicher Beispiele aus der Rechtsprechung unter Hinzufügen weiterer gleichgelagerter Fälle die Ergebnisse der Rechtsprechung zusammenstellt.

wißheit.[2] Das Reichsgericht hat zu dem Begriff in einem den § 131 StGB. betreffenden Rechtsfall ausgesprochen[3], es müsse daran festgehalten werden, daß unter Tatsache im Sinne des Gesetzes nur eine Begebenheit, ein konkreter Vorgang zu verstehen sei, welcher in der Vergangenheit oder Gegenwart in die Erscheinung getreten und dadurch Gegenstand der Wahrnehmung geworden sei. Darnach können zukünftige Zustände und Ereignisse nicht unter den Tatsachenbegriff fallen. Im Gegensatz hierzu steht die weite Auslegung Bindings[4], dem sich Rommel[5] und Lucas[6] angeschlossen haben, die dahin geht: „Tatsache ist alles, was gewußt werden kann, einerlei ob es der Außenwelt anghört, oder eine Erfahrungstatsache des Innenlebens darstellt, ob es in die Vergangenheit, in die Gegenwart oder in die Zukunft fällt." Der Einwand Noltings[7], daß durch die Einbeziehung des Zukünftigen dem Tatsachenbegriff ein umfassenderer Inhalt gegeben werde, als ihm nach dem allgemeinen Sprachgebrauch zukomme, wird zu Recht erhoben. Jedoch wird diese weite Auslegung den Bedürfnissen des täglichen Lebens — ohne Zwang im Einzelfalle antun zu müssen — am besten gerecht. Wenn jemand Zahlungsfähigkeit am Verfalltage vorspiegelt oder versichert, in der Lage zu sein, zu einer bestimmten Zeit einen Wechsel einlösen zu können, so behauptet er doch, daß seine Vermögensverhältnisse am Verfalltage derart seien, daß er an diesem Tage zurückzahlen könne, im anderen Fall, daß er bis zum Stichtag Geld habe. Eine Auslegung dahin, daß diese Behauptung die Erklärung enthalte, daß die gegenwärtige Vermögenslage dem erklärenden Schuldner die Aussicht auf künftige Erfüllungsmöglichkeit gewähre, ist eine gesuchte, um lediglich die Behauptung von etwas gegenwärtigem feststellen und eine Bestrafung, bei Vorliegen der übrigen Tatbestandsmerkmale, herbeiführen zu können. Man preßt in derartigen Fällen der Erklärung einen Sinn und Bedeutung bei, die gar nicht gewollt war. Man denke an den Fall, daß ein völlig überschuldeter, vor dem Konkurs stehender Schuldner, dessen gegenwärtige Vermögenslage niemals eine Aussicht auf Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bietet und der sich dessen auch bewußt ist, eine Zahlung am Verfalltage seinen Gläubigern vor-

---

[2] Hegler, VD. S. 420: Maßgebend ist das Moment der, bei Vorspiegelung wenigstens behauptungsweise bestehenden objektiven Gewißheit. Vgl. auch Frank § 263 II 1; Olshausen § 263, Nr. 3, 4, 6. Leipz. Komm § 131 Nr. 2.

[3] Entscheidung in Bd. 22 S. 158.

[4] Grundriß S. 181, Lehrb. I S. 346.

[5] a. a. O. S. 18.

[6] a. a. O. S. 337.

[7] a. a. O. S. 49.

spiegelt. In diesem Falle, in dem die unlautere Gesinnung, das „über das Ohr hauen" am deutlichsten zum Ausdruck kommt, könnte bei folgerichtiger Auslegung des Tatsachenbegriffs eine Bestrafung nicht eintreten; eine Folge, die sich aus der Fassung der Täuschungshandlung im § 263 StGB. ergeben muß. Man hat deshalb gesagt, um eine Bestrafung herbeiführen zu können, daß im Hinweis auf kommende Ereignisse eine Täuschung über gegenwärtige Verhältnisse liegen könne, aus denen sich zukünftige entwickeln sollen.[8]

Die von Binding[9] angeführten Beispiele zeigen außerdem, daß künftige Zustände und Ereignisse vorgespiegelt werden können.

Diese Ueberlegung zeigt uns, daß schon aus dem Grunde eine Neufassung der Bestimmung über die Täuschungshandlung notwendig erscheint, um eine gerechte und allgemein verständlich Lösung herbeiführen zu können. Die weiteren Ausführungen werden aber vor allem die Notwendigkeit der Weglassung des Begriffs „Tatsache" zeigen.

Nach der oben wiedergegebenen herrschenden Lehre und Rechtsprechung haben bloße Werturteile, Beurteilungen, Meinungsäußerungen, Anpreisungen und Reklame auszuscheiden, da sie nicht Gegenstand einer Wahrnehmung sind, vielmehr auf Grund einer Denktätigkeit erkannt werden. Dagegen werden die inneren Tatsachen, d. h. die Erzeugnisse der Willens- und Gedankenwelt, sobald sie ihrem Wesen nach dem Sinnen und dem Denkvermögen wahrnehmbar gemacht werden können, also Absichten, Ueberzeugungen, Beweggründe, im Gegensatz zu bloßen Hoffnungen, Seelenstimmungen, Glauben und subjektiven Meinungen, zu den Tatsachen im Sinn des § 263 StGB. gerechnet.[10] Aber auch hinsichtlich dieser inneren Tatsachen ist streitig, inwieweit sie dem Tatsachenbegriff zuzurechnen sind. Am weitesten in der Verneinung geht wohl Merkel[11], der die Auffassung vertritt, daß selbst Ansichten, Meinungen, Beweggründe und Absichten des Täuschenden keine Tatsachen darstellen.

Mitentscheidend für den Ausschluß der Werturteile, Anpreisungen und Reklame war wohl, daß man bei der Schaffung des Betrugstatbestandes im Preuß. Strafrecht bewußt von dem

---

[8] So Frank, § 263 II a; Leipz. Komm. § 263 Nr. 4; Gerland S. 633; vgl. auch RGSt. 67 S. 2.

[9] Grundriß S. 181 Anm. 3.

[10] Einer derart weitgehenden Auslegung folgen ganz oder teilweise Hegler VD. S. 420; Rommel S. 26; Meyer-Allfeld S. 541; Schwartz S. 588. Gegen diese weite Auslegung i. S. eines psychologischen Tatsachenbegriffs vor allem Cleric S. 41.

[11] Krimin. Abh. 2 S. 239; Groß a. a. O. S. 184; Hälschner 2 S. 263.

Entwurf von 1843, der die Täuschungsmittel dahin zusammenfaßte „arglistiger Weise in einen Irrtum versetzt", abgegangen ist, entsprechend der oben § 1 erwähnten, diesen Zeitabschnitt kennzeichnenden Forderung, nach einer genauen Begrenzung der Eingriffsmöglichkeiten in die Rechte des einzelnen. Man wollte damit eine Einschränkung des Begriffs des strafbaren Betrugs herbeiführen.[12] Dies hat man durch die Fassung „Vorspiegelung falscher, Unterdrückung und Entstellung wahrer Tatsachen" erreichen wollen, wodurch die allgemeinen anpreisenden Urteile, welche mehr die Natur eines Werturteils haben, ausgeschlossen werden sollten.[13] Die Rechtsprechung konnte aber die Ausscheidung der Werturteile und der subjektiven Meinungen aus dem Tatsachenbegriff nicht stets und folgerichtig durchführen. Was ist es anders, als ein Werturteil, das auf Grund einer Denktätigkeit gebildet wird, wenn der Verkäufer eines Gasthauses erklärt, der Betrieb gehe gut[14], oder die Hypothek sei sicher.[15] Trotzdem hat das Reichsgericht in diesen Fällen unter Berufung auf die gegebenen Umstände das Vorspiegeln von Tatsachen angenommen, weil es sich um die Kennzeichnung gewisser Eigenschaften von Sachen handle.

In Wirklichkeit kann aber eine genaue Abgrenzung zwischen dem Begriff Tatsache einerseits und den Werturteilen, subjektiven Meinungen andererseits schlechterdings nicht erfolgen. Das Abstellen darauf, daß für die Zuteilung des Werturteils zu den inneren Tatsachen entscheidend sein soll, ob die subjektive Meinung oder die Anpreisung „ihrem Inhalt nach, einen greifbaren, der Nachprüfung zugänglichen Kern enthalte, sodaß sie zugleich als Behauptung der ihnen zu Grunde liegenden Tatsachen gelte"[16], kann sehr leicht zu zufallsbedingten Entscheidungen führen.

Entscheidend für die Preisgabe des Begriffs „Tatsache" ist jedoch die heutige Ausfüllung des Betrugs und des Vermögensverkehrs mit sittlichen Grundanschauungen, sowie das Abstellen auf die gemeine Gesinnung des Betrügers. Mit diesen Forderungen ist es schlechterdings unvereinbar, daß „eine raffinierte und verlogene, auf Werturteilen gestützte Reklame unter allen Umständen straflos bleiben soll".[17] Die Verkommnisse des täglichen Lebens zeigen, daß diese teils mehr, teils weniger ausgeklügelte

[12] Vgl. Goltd. Mat. S. 538.
[13] Goltd. Mat. S. 538 und 542.
[14] Vgl. RG. in Recht 1913 Nr. 3207.
[15] Vgl. LZ. 1908 Sp. 181.
[16] RGSt. Bd. 56 S. 227 ff.
[17] Vgl. vor allem Dahm in Gürtner, Denkschr. Bd. 2 S. 460.

Reklame zur Ausbeutung „der einfachen und solchen Einflüssen wehrlos ausgesetzten Volksgenossen" berechnet wird und sie auch trifft. Diese können aber in demselben Maße von einem volksnahen Strafrecht verlangen, daß sie vor solchen Machenschaften geschützt werden. Der Einwand, der erhoben werden könnte, daß das Strafrecht nicht dazu da sei, die Torheit zu schützen, vielmehr der Kampf ums Dasein eine Prüfung nach dem wahren Inhalt der Werturteile verlange, weist Dahm mit Recht zurück, da man damit nicht den tatsächlichen Verhältnissen gerecht werden kann.

Wir kommen somit auf Grund der aufgezeigten Schwierigkeiten und den Forderungen der tatsächlichen Verhältnisse und des Grundsatzes unseres Gemeinschaftslebens „Gemeinnutz vor Eigennutz" zu dem Ergebnis, daß der Begriff „Tatsache" als Begrenzung der Täuschungsmittel auszuscheiden ist.

Aber nicht allein diese allgemeine Forderung muß eine Aenderung der Bestimmung über die Täuschungshandlung bedingen, auch vom sprachtechnischen Standpunkt aus erscheint eine Neufassung der Täuschungsmittel erforderlich. Aus der für die herrschende Lehre und Rechtsprechung maßgebenden Begriffsbestimmung der Tatsache läßt sich der Schluß ziehen, daß es nicht nur überflüssig, sondern auch sprachlich unrichtig ist, wenn im § 263 StGB. von einer „Vorspiegelung falscher, Entstellung und Unterdrückung wahrer Tatsachen" gesprochen wird. Wenn man nämlich unter Tatsache etwas Geschehenes und Seiendes versteht, dann zeigt sich, daß eine Verbindung des Wortes „Tatsache" mit dem Beiwort „falsch" unmöglich ist, weil eine Tatsache in dem aufgezeigten Sinne nur wahr, niemals falsch sein kann. Die Bezeichnung „wahre Tatsache" erscheint dann ihrerseits als eine doppelte Ausdrucksweise.[18] Wäre im § 263 StGB. das Wort „wahr" weggelassen worden, dann hätte sich manches Mißverständnis vermeiden lassen.[19] Es ist daraus ersichtlich geworden, daß sich die Zusätze „falsch" und „wahr" als überflüssig erwiesen haben und es genügt hätte, wenn der Gesetzgeber lediglich von einem Vorspiegeln, Entstellen und Unterdrücken von Tatsachen gesprochen hätte.[20]

---

[18] So Groß a. a. O. S. 169; Rommel a. a. O. S. 35; Hoffmann a. a. O. S. 3; Nolting a. a. O. S. 51. Vgl. auch Dahm a. a. O. S. 460.

[19] Vgl. insbes. Groß S. 169.

[20] Hegler, VD. S. 528 meint, es wäre besser „falche Vorspiegelung von Tatsachen" zu sagen, geht also davon aus, daß die Eigenschaften „wahr" und „falsch" immer nur mit dem Vorbringen der Tatsache in Verbindung zu bringen ist, nicht mit der Tatsache selbst.

2. Das Vorspiegeln falscher Tatsachen.

Vorspiegeln bedeutet nichts anderes als wissentlich die falsche Vorstellung erwecken, bekräftigen oder bestätigen, daß etwas vorhanden sei [21], woraus sich ohne weiteres ergibt, daß zum Wesen des Vorspiegelns besondere Kunstgriffe, heimliches oder gar besonders arglistiges Verhalten nicht gehören, wie dies Groß, Kohler [22] und Wachenfeld, entgegen der herrschenden Meinung verlangen. Nach Groß[23] ist die Lüge nur ein unvollständiger Teil des Betrugstatbestandes; sie werde erst in Verbindung mit äußerem vorgebrachten oder schon vorhandenen und benutzten Umständen zur arglistigen Täuschung, die das Tatbestandsmerkmal des Betruges sei. Kohler fordert, daß der Täter etwas getan haben müsse, um den Getäuschten seine Behauptungen zu insinuieren, sei es durch Vorschützen falscher Beweise, sei es durch die Hartnäckigkeit und Sicherheit des Vorbringens. Nach Wachenfeld [23a] müssen zu der unwahren Behauptung noch „Manipulationen" hinzutreten, aus denen der Schein der Wahrheit sich ergeben würde, mögen diese auch nur in der Bekräftigung oder Bestätigung bestehen. Ohne Zweifel ist eine derartige Auslegung, wie sie Groß gibt, mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht vereinbar. Es wird auch eine solche Auslegung den tatsächlichen Verhältnissen des täglichen Lebens nicht gerecht. Denn es kann und darf für den Tatbestand des Betruges nicht ausschlaggebend sein, ob die Täuschung eine auffällige, bei Vorsicht leicht zu vermeidende war oder nicht, da sonst der Schutz des § 263 StGB. nur dem Klügeren und Gewitzigteren zu Gute käme, während gerade der einfache, derartigen Einflüssen viel leichter zugängliche Volksgenosse, diesen Schutz nicht hätte. [24]

3. Das Entstellen wahrer Tatsachen.

Was diesen Begriff anbelangt, so hat er zu Meinungsverschiedenheiten keinerlei Anlaß gegeben, da er nach allgemeiner Meinung als ein Uebergang von der durch Vorspiegelung „falscher" zu der durch Unterdrückung „wahrer" Tatsachen bewirkten Irrtumserregung darstellt. In der Entstellung ist näm-

---

[21] Frank S. 382: „Das Aufstellen einer bewußt unwahren Behauptung".

[22] a. a. O. S. 23.

[23] a. a. O. S. 162.

[23a] Lehrb. § 104 Anm. 2.

[24] So schon Rommel a. a. O. S. 63: Der Täter könne sich auf die übergroße Vertrauensseligkeit des Getäuschten zu seiner Entschuldigung nicht berufen. Denn das Gesetz enthalte keine derartige Beschränkungen und der Rechtsschutz müsse gleichermaßen allen Betrogenen zu Gute kommen, wie ja auch der Staat ein gleiches Interesse daran habe, alle Arten der Betrügereien zu unterdrücken.

lich entweder eine Vorspiegelung oder eine Unterdrückung zu finden. Es lassen sich keine Fälle denken, in denen die Entstellung entweder nicht unter die Vorspiegelung oder die Unterdrückung fällt.[25] Damit erscheint dieses Täuschungsmittel als überflüssig und ist am besten wegzulassen. Anderer Ansicht dürfte wohl Rotering[26] sein, der ausführt, das Entstellen erscheine als die Mitteilung einer halben Wahrheit in dem täuschenden Scheine der Vollständigkeit; mit gutem Grunde sei diese Handlungsmodalität im Gesetzestext besonders hervorgehoben. Die von ihm angeführten Beispiele lassen sich jedoch alle unter eines der anderen Täuschungsmittel bringen. So kann in dem von ihm angeführten Fall der Schilderung über den Besuch einer Gastwirtschaft durch die Mitteilung, es sei eine Gesellschaft von 100 Personen eingetroffen, wobei jedoch verschwiegen wird, daß es sich um eine Ausnahme handelt, entweder die Vorspiegelung des ständigen Besuchs von Gästen in dieser Zahl gefunden werden oder auch das Unterdrücken der Tatsache, daß es sich um einen Ausnahmezustand handelt.

4. Das Unterdrücken wahrer Tatsachen.

Wenn man von der allgemeinen und weitesten sprachlichen Bedeutung des Wortes ausgeht, so bietet dieser Begriff keine Schwierigkeiten.[27] Darnach bedeutet Unterdrücken: Das Erkanntwerden von Umständen durch andere Personen verhindern.[28] Auch bei diesem Täuschungsmittel verlangen einige Schriftsteller ein heimliches Verhalten, weil ohne ein solches die zu täuschende Person an der Benützung der wahren Tatsache nicht gehindert werden würde.[29] Richtiger Ansicht nach ist aber zu diesem Tatbestandsmerkmal ein heimliches Verhalten nicht erforderlich; soweit ein solches mit auftritt, dient es lediglich zur Verdeckung des an sich schon rechtswidrigen Verhaltens.

5. Die Erscheinungsformen und das Verhältnis der Täuschungsmittel.

Nachdem nun im vorstehenden die einzelnen Täuschungsmittel ihrem Wesen und Bedeutung nach untersucht wurden,

---

[25] So Reymann S. 54; Gerlach S. 38; Cleric S. 28.

[26] Ger.Saal 67 S. 209.

[27] a. A. Groß S. 174, der vom Sprachgebrauch ausgehend, feststellt, daß das Unterdrücken gleichbedeutend sei mit „etwas Geschehenes ungeschehen machen, mit dem Parallysieren einer Kraft."

[28] So h. M. vgl. Frank S. 584; Hegler VD. S. 422.

[29] So Olshausen § 263 Ziff. 13; Leipz. Komm. § 263 2a; vgl. auch RGSt. Bd. 22 S. 284.

sollen im folgenden die Erscheinungsformen, in denen die Täuschungsmittel auftreten, näher untersucht werden.

Bezüglich des Begriffs „Vorspiegelung einer falschen Tatsache" geht die herrschende Meinung richtig davon aus, daß sie durch Aufstellung einer ausdrücklichen Behauptung — Erhebung nicht geschuldeter Schreibgebühr [30], Erschleichung einer Anstellung durch Einreichung eines inhaltlich unwahren Zeugnisses und gefälschter Empfehlungsschreiben [31] — oder auch indirekt durch mündliche oder schriftliche Aeußerungen oder durch schlüssige Handlungen erfolgen kann. Die Frage, ob die Vorspiegelung einer falschen Tatsache auch in einem Unterlassen bestehen kann, ist nicht unbestritten. Die herrschende Meinung wendet jedoch auch hier die Grundsätze der Begehungsstraftaten durch Unterlassung an. [32]

Was die Unterdrückung anbelangt, so ist festzustellen, daß auch zum Wesen dieses Begriffes ein tätiges Verhalten, ein Handeln [33] gehört. So verlangt auch RGSt. Bd. 14 S. 310 ein aktives Irreführen. Damit soll aber nicht zum Ausdruck gebracht sein, daß das Unterdrücken nur als aktive Tätigkeit auftritt, vielmehr kann dieses Tatbestandsmerkmal auch dadurch erfüllt werden, daß einfach Vorgänge und Zustände verschwiegen werden.

Wenn wir nun anhand einiger Beispiele das Verhältnis dieser beiden Täuschungsmittel — „Entstellen wahrer Tatsachen" fällt nach den oben angeführten Erwägungen über das Aufgehen des Begriffes in die beiden anderen Täuschungsmittel weg — untersuchen, so können wir feststellen, daß diese beiden Täuschungsmittel in den allermeisten Fällen sich miteinander verbinden, d. h. in der Täuschungshandlung sowohl ein Vorspiegeln als auch ein Unterdrücken zu finden ist. Als erstes Beispiel sei die Zechprellerei genannt: durch die Bestellung der Getränke wird entsprechend den gewöhnlichen Verhältnissen zum Ausdruck gebracht, man sei zur Barzahlung bereit; es liegt darin aber zugleich ein Leugnen der Absicht, nicht zahlen zu wollen. In dem Vorlegen gefälschter Empfehlungsschreiben oder inhaltlich unwahrer Zeugnisse bei der Bewerbung um eine Stellung liegt einmal ein Vorspiegeln der Befähigung zur Bekleidung dieses Postens, gleichzeitig aber auch das Leugnen der Nichtbefähigung. Das Weglassen bestimmter Stellen beim Ver-

---

[30] Vgl. RGSt. Bd. 65 S. 52.

[31] RGSt. in HRR. Bd. 31 Nr. 1274.

[32] So namentlich Hegler VD. S. 421/22; Allfeld S. 472; Binding, Lehrb. 1 S. 348; Hippel S. 257.

[33] Vgl. Mot. S. 78: äußere Tätigkeit. Heilbronner zieht daraus den Schluß, daß ein Schweigen nur dann einen Betrug erfüllen könne, wenn es mit positiven Handlungen in Verbindung trete. Gegen diesen „Motivenkultus": Binding, Lehrb. 1 S. 349.

lesen eines Briefes stellt einerseits ein Unterdrücken dar, andererseits wird aber auch die Vollständigkeit des Briefes vorgespiegelt. In dem Beispiel von Hippel[34] spiegelt der Ladeninhaber vor, die Preise seien herabgesetzt, er unterdrückt aber gleichzeitig die Tatsache, daß die Preise die alten sind. Die nochmalige Einforderung und Annahme einer Schuld stellt sowohl die Vorspiegelung dar, daß die Forderung noch bestehe, als auch die Unterdrückung der Tatsache, bereits den Betrag erhalten zu haben. Aus dieser Erkenntnis hat Binding[35] den Schluß gezogen, daß es nur eine scheinbare Vermehrung der Täuschungsmittel sei, wenn zu dem Vorspiegeln noch die Entstellung und Unterdrückung wahrer Tatsachen gesellt werde. Denn die entstellte wahre Tatsache sei eine falsche und die Unterdrückung einer wahren Tatsache sei die Vorspiegelung ihres Nichtgeschehens, also wieder die Vorspiegelung einer falschen Tatsache im Gewande der unterlassenen Mitteilung der wahren.[36]

Dagegen wendet sich der Leipz. Komm.[37] mit der Begründung, daß die Aufzählung der einzelnen Unterarten des Täuschungsbegriffes für eine genaue Umgrenzung, die damit eine feste Grundlage für die erschöpfende Bestimmung des allgemeinen Begriffs bilde, unerläßlich sei. Wenn es sich auch um gleichwertige Täuschungsmittel handle, so seien sie doch in der Art der äußeren Erscheinung, in der sie verwirklicht werden würden, verschieden. Diese Auffassung gibt auch den Grund für die Meinung ab, daß es kein Vorspiegeln durch Unterlassung gebe, vielmehr die Vorspiegelung stets und nur eine positive Handlung erfordere. Man hat versucht, den Beweis für die Richtigkeit letzterer Auffassung damit zu erbringen, daß man davon ausging, daß die bloße Benutzung eines bereits vorhandenen Irrtums nicht ausreiche, vielmehr stets ein Tätigwerden vorhanden sein müsse. Diese Auffassung ist aber irrig. Denn die Benützung eines vorhandenen Irrtums reicht nur deshalb nicht aus, weil eine Vorspiegelung darin nicht zu erblicken ist. Denn das wesentliche ist doch, daß der Täuschende auf das Erkenntnisvermögen des zu Täuschenden einwirkt, damit dessen Willen dem seinigen unterordnet und ihn zu einer schädigenden Verfügung bestimmt.

---

[34] Lehrb. S. 257 Anm. 1.

[35] Grundriß S. 185.

[36] So auch Gerland, Lehrb. S. 634: Unter Vorspiegelung sei jede unwahre Behauptung einer nicht existenten Tatsache als existent, und unter Unterdrückung die Darstellung einer Sache als ob eine existente Tatsache nicht existent sei. Mit Recht hebe Binding hervor, daß auch das Unterdrücken auf das Vorspiegeln hinauslaufe.

[37] § 263, 2.

Wir müssen deshalb davon ausgehen, daß für die Erscheinungsformen dieser Täuschungsmittel die allgemeinen Grundsätze über die Begehung strafbarer Handlungen gelten, umsomehr als die beiden Täuschungsmittel in ihrer Wirkung dieselben sind, insoweit als sie denselben Erfolg, nämlich die Bildung einer falschen Vorstellung von den tatsächlichen Verhältnissen herbeiführen wollen. Es läßt sich also die Auffassung, daß die einzelnen Täuschungsmittel in der Art ihrer äußeren Erscheinung verschieden seien, nicht aufrecht erhalten. Damit aber, daß wir feststellen, daß das Unterdrücken einer wahren Tatsache immer auf das Vorspiegeln einer falschen Tatsache hinausläuft, sind die Täuschungsmittel auch keine gleichwertigen mehr[38]; denn von Gleichwertigkeit kann man da nicht sprechen, wo zwei von drei Kräften auf die dritte zurückzuführen sind. Wenn ausgeführt wird, daß die Auflösung des Täuschungsbegriffes in seine einzelnen Bestandteile nur zu dem Zwecke erfolgt sei, um dem Richter eine leichtere Handhabung für die Auslegung des allgemeinen Täuschungsbegriffes zu geben, nicht aber um eine besondere Abgrenzung der einzelnen Bestandteile untereinander zu schaffen, so mag dies bis zu einem gewissen Grade seine Richtigkeit haben. Richtiger Ansicht nach dürfte aber diese Dreiteilung ihre Rechtfertigung dadurch bekommen daß diese der damaligen liberalistischen Rechtsidee, der genauen Abgrenzung der Eingriffsmöglichkeit des Staates in die Rechte des Einzelnen, entspricht. Wenn aber die Unrichtigkeit dieser Ansicht erkannt ist, dann hat auch eine derartige Auflösung des Täuschungsbegriffes keine Berechtigung mehr, da er, wie die Rechtslehre und die Rechtsprechung zeigt, nur Streitfragen gebracht hat und ihm irgendwelcher praktischer Wert nicht zukommen kann.

In dieser Erkenntnis ist man schon in früheren Entwürfen von der Auflösung des Täuschungsbegriffes abgegangen und hat die Dreiteilung durch den allgemeinen Begriff der Täuschung ersetzt. So kennt der § 276 des Entwurfs von 1909 nur eine „arglistige Täuschung"; der Entwurf von 1919 spricht von einer „arglistigen Täuschung über Tatsachen". Entwurf 1927 verlangt eine „Täuschung über Tatsachen".

---

[38] Olshausen § 263, 2 b.

§ 4.

Das schlüssige Verhalten.

Nach diesen Ausführungen kann es keinem Zweifel mehr unterliegen, daß der Betrug eine Begehungsstraftat ist[1], und daß für die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Betrug durch Schweigen begangen werden kann, die allgemeinen Grundsätze über Begehungsstraftaten durch Unterlassung maßgebend sind. Wenn der Leipz. Komm.[2] und Rotering[3] dieser Auffassung entgegentreten und ersterer auf Grund der bereits erwähnten Ansicht, im Wesen aller Täuschungsmittel liege ein tätiges, auf Irreführung gerichtetes Verhalten, verlangt, daß die allgemeinen Grundsätze über die Begehungsstraftaten durch Unterlassung der Sonderregelung des § 263 StGB. zu weichen hätten, so muß dem insoweit zugestimmt werden, als tatsächlich in sehr vielen Fällen das Schweigen mit irgend welchem tätigen Verhalten zusammen auftritt und beide Merkmale für die Täuschung ursächlich sind. Groß[4] kommt auf Grund einer eingehenden Besprechung der verschiedenen Ansichten zu dem Schluß, daß sich kein Betrugsfall denken lasse, in welchem der Täuschende bloß geschwiegen und gar nichts aktives getan hätte.[5] Entscheidend für die Täuschung ist aber richtiger Ansicht nach nur diejenige Tätigkeit, die nicht den Schluß zuläßt, daß sich in dieser Tätigkeit gleichzeitig eine ganz bestimmte Erklärung verbirgt. Die Annahme eines derartigen Zusammentreffens von Schweigen und jedem tätigen Verhalten würde zu einer Ueberspitzung in der Anwendung des schlüssigen Verhaltens führen müssen. Wir halten deshalb daran fest, daß es Fälle reinen Schweigens als die Nichtäußerung eines Umstandes gibt.

Es soll nun anhand einiger Beispiele die Richtigkeit der Ansicht, daß in den meisten Fällen eine für die Täuschung maßgebende positive Tätigkeit vorliegt, erhärtet werden. Ausnützung eines bestehenden Irrtums über Höhe oder Bestand der Forderung setzt Empfangnahme der Leistung voraus. Täuschung eines

---

[1] So die herrsch. M. vgl. Frank § 263, v. Hippel, Lehrb. S. 237; Gerland S. 634; Olshausen § 263 Nr. 13; insbes. aber auch das Urt. d. RG. v. 23. 12. 30 in Ger.S. 102 S. 390.

[2] § 263, 2.

[3] Ger.S. Bd. 67 S. 205.

[4] a. a. O. S. 260.

[5] So vor allem auch Cleric a. a. O. S. 20, der ausführt, daß bei jedem Betrug irgendwelche positiven Momente immer vorkommen. Der Betrüger müsse immer etwas positives tun, um zu seinem Ziele zu gelangen. Auch wenn im einzelnen Falle gelegentlich keine positive Handlung des Täters nachweisbar seien, so liege doch des Oefteren zum mindesten ein Zustand vor, der auch etwas positives sei.

Gastes über die Qualität und Herkunft des Weines setzt Einschenken und Verabreichen voraus. Ausnützung eines Irrtums über die Kreditwürdigkeit, wie sie bei Abschluß des Vertrages bestanden hat, setzt Annahme der kreditweise gelieferten Waren voraus. In dem der Entscheidung Bd. 28 S. 189 zu Grunde liegenden Sachverhalt, wo zwei Brüder eine kranke Kuh zum Verkauf auf den Markt gebracht haben, der eine dem Käufer vorspiegelte, die Kuh sei gesund, während der andere stillschweigend zuhörte, ist ein tätiges Verhalten in dem Zuführen zum Markt, zum Verkauf stellen und der Anwesenheit während der Vorspiegelung des anderen zu erblicken. Ebenso liegt in dem Anwesendsein des Geschäftsherrn während der Vorspiegelung des Gehilfen das tätige Verhalten des ersteren.[6]

In diesen Fällen ist also nach unserer Auffassung neben dem Schweigen ein tätiges Verhalten gegeben, die in ihrer Gesamterscheinung für die Täuschung und die dadurch bewirkte Vermögensverfügung ursächlich sind. Das Schweigen bekommt schlüssige Bedeutung, sodaß in ihm zum Ausdruck kommt, „die relevante existente Tatsache entbehre der Existenz"[7]. Ganz allgemein ist festzustellen, daß zu jedem Geschäftsabschluß eine auf Hervorrufen von Rechtsfolgen gerichtete Willenserklärung nötig ist, die einen feststellbaren Erklärungswert haben muß. Diese Willenserklärung besteht nun nicht bloß aus den zum Zweck der Erklärung gebrauchten Worten oder sonstigen verkehrsüblichen oder verabredeten Zeichen (Nicken, Schütteln, Hand Erheben, Aufschlagen des Hammers), sondern auch neben solchen oder auch allein kann das gesamte Verhalten unter gewissen Umständen als Erklärungsmittel dienen. So enthält der Eintritt in ein konkretes Rechtsverhältnis die Behauptung gewisser Tatsachen, sodaß eine ausdrückliche Erklärung nicht hinzuzutreten braucht. Der Verkäufer einer Sache oder eines Rechts bringt stillschweigend zum Ausdruck, daß in seiner Person die Voraussetzungen für die Verfügung vorliegen, also auch, daß die Sache frei von rechtlich erheblichen Rechts- oder Sachmängeln ist, genau so wie der Käufer stillschweigend seine Erfüllungsabsicht, seine Kreditfähigkeit erklärt. Der Gläubiger, der einen Zwangsvollstreckungsauftrag gibt, erklärt, weder Leistung noch Teilleistung erhalten zu haben.[8]

---

[6] Vgl. RGSt. Bd. 59 S. 299.

[7] Gerland a. a. O. S. 634; Busch a. a O. S. 4.

[8] Dagegen vor allem Cleric S. 21: Durch ein derartiges Argumentieren werde das konkludente Verhalten auf die Spitze getrieben: dies alles sei gekünstelt, sei nur eine Fiktion und passe als solche nicht in das Strafrecht.

Die Bedeutung dieses schlüssigen Verhaltens ist in der Rechtslehre und Rechtsprechung nicht verkannt worden. Vor allem die Rechtslehre hat diesen Fällen des Schweigens weitgehendste Bedeutung beigemessen, während die Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht immer den von ihr, in sonstigen Entscheidungen aufgezeichneten Standpunkt eingehalten hat. In der Rechtslehre wird meist [9] im Anschluß an Schwarze [10] und Wächter [11] von einem qualifizierten Schweigen gesprochen, worunter das Schweigen, das in Verbindung mit einem auf Täuschung gerichteten Verhalten auftritt, verstanden wird. [12] Daß dieses so geartete Schweigen sowohl in der Form einer Vorspiegelung, als auch einer Unterdrückung auftreten kann, zeigen folgende Beispiele der Rechtsprechung: Im Falle einer widerspruchslos angehörten Vorspiegelung eines Mitbeteiligten ist eine Vorspiegelung zu erkennen (RGSt. Bd. 28 S. 189); dagegen liegt im Falle einer gleichzeitigen, auf Wahrheitsverdeckung abzielenden Tätigkeit eine Unterdrückung wahrer Tatsachen — vgl. HRR. 1929 Nr. 1414, wo ein Kassier, um den Anschein zu erwecken, die Kasse stimme, sich zu Täuschungshandlungen hat verleiten lassen. —.

Meist ist aber das konkludente Schweigen stillschweigende Erklärung und damit positives Tun. Das Reichsgericht erblickt ein aktives Vorspiegeln oder hält für möglich ein solches zu erblicken [13]: In dem Abschluß eines Spiel- oder Wettvertrages mit dem Bewußtsein, daß es dafür an der wesentlichen Vorbedingung der Ungewißheit fehle, weil beide Vertragsgegner sich stillschweigend ein entsprechendes Wissen bezügl. jener Ungewißheit zugesichert hätten, RGSt. Bd. 62 S. 415; in dem Schweigen zu den Angaben eines anderen, RGSt. Bd. 68 S. 212; in der Zustimmung zur Absendung falscher Rechnungen durch einen Angestellten, LZ. 1908 Sp. 1051; in der abermaligen Abtretung einer bereits abgetretenen Forderung, RGSt. Bd. 41 S. 27; in dem Abschluß eines Vertrages, bei dem von dem Kaufliebhaber dem Vertreter des Verkäufers während der Verkaufsverhandlungen deutlich zum Ausdruck gebracht wurde, daß der Käufer die Bezahlung des Kaufpreises nur Zug um Zug gegen Uebergabe des Kaufgegenstandes oder doch jedenfalls nur beim Zustandekommen eines sofort rechtsgültigen, unwiderruflichen Kaufvertrages

[9] Frank § 263 II 3b; Kohlrausch S. 350.
[10] a. a. O. S. 665.
[11] a. a. O. S. 453.
[12] Dagegen nicht ganz zu Unrecht Cleric S. 20: Der Begriff bloßes Schweigen und qualifiziertes Schweigen hätte das Problem statt zu fördern auf Abwege geführt.
[13] So im wesentlichen Busch a. a. O. S. 6; vgl. auch die dort angeführten Entscheidungen.

bewilligen wolle und der Vertreter unter der ausdrücklichen Bedingung sofortiger Bezahlung abschließt. Urteil des Reichsgerichts vom 23. 12. 30; in dem Ausnützen der Unkenntnis von der Wertlosigkeit von Inflationsscheinen, die an ausländische Personen in Zahlung gegeben wurden, HRR. Bd. 27 Nr. 761; in der Annahme von Zahlungsmitteln, die der Schuldner mit höherwertigeren verwechselt, Goltd. Arch. Bd. 48 S. 133; in der Bestellung von Waren, wenn der Besteller von vornherein die Absicht hat, nicht zu zahlen, RGSt. Bd. 24 S. 216; in der Verhandlung mit dem am gemeinschaftlichen Unternehmen beteiligten Anderen über die Verwendung von Mitteln, wenn der Erstere vorhat, das Geld in einer, von der erkannten Vorstellung des Anderen abweichenden vertragswidrigen Weise zu verwenden, RGSt. Bd. 63 S. 106; in dem äußeren Auftreten mit Pelzmantel, DJ. 1934 S. 711; in dem falschen Aufdruck auf Geschäftspapieren, JW. 1927 S. 1693; in der Forderung zu hohen Preises für ein angeblich wertvolles Heilmittel, während es sich in Wirklichkeit um ein billiges Hausmittel handelt, RGSt. Bd. 30 S. 340; in dem Abschluß eines Kaufvertrages unter Eigentumsvorbehalt des Verkäufers und Verpflichtung des Käufers zur Beachtung dieses Eigentums, wenn der Käufer die Absicht hat, den erhaltenen Gegenstand sofort zu veräußern, RGSt. Bd. 42 S. 181; in der Erwirkung der Vollmacht, Schecks mit Rechnung gegen den Verein allein zeichnen zu dürfen, wobei der Täter von vornherein nicht beabsichtigt, sie im Vereinsinteresse auszustellen, Ger.S. 102 S. 388; in der Vorspiegelung der Absicht zur Kreditbeschaffung gegen Hingabe von Wechseln zur Sicherheit der Bank, in der Absicht die Wechsel vor allem zur Entlastung des Kontos zu verwenden, RGSt. Bd. 66 S. 56; in dem Vorzeigen eines größeren Geldbetrags im Laden und im Hinlegen der geöffneten Brieftasche auf den Ladentisch, JW. 1925 S. 1499. In der Entscheidung Bd. 52 S. 164 hat das Reichsgericht in dem Zuschieben und Uebergeben eines Geldbetrages durch einen Kassenbeamten die Vorspiegelung erblickt, es sei richtig berechnet, abgezählt und es fehle nichts.

Dem gegenüber stehen aber die Entscheidungen, in denen das Reichsgericht auf das schlüssige Verhalten nicht abstellt. So wird in der Entscheidung Bd. 14 S. 310 in der vertragswidrigen Lieferung von zusammengesetztem Mörtel kein tätiges Vorspiegeln der vertragsmäßigen Lieferung gesehen, mit der Begründung, daß eine Vorspiegelung oder Unterdrückung nicht schon in der bewußt vertragswidrigen Lieferung unter Verschweigen der vertragswidrigen Beschaffenheit gefunden werden könne; jenes Tatbestandsmerkmal erfordere ein aktives Irreführen, irgendwelche in Worten oder Handlungen betätigte, besondere

Veranstaltung. Aehnlich stellt auch das Reichsgericht in Goltd. Arch. Bd. 47 S. 283 fest, daß in der Lieferung nichtvertragsmäßiger, nur generell bestimmter Waren für sich allein nicht die Versicherung gefunden werden könne, daß die gelieferte Ware bestimmte Eigenschaften enthalte, sondern nur das Anerbieten, den geschlossenen Kaufvertrag durch Lieferung dieser konkreten Ware zu erfüllen; ein Anerbieten, das der Käufer allseitig zu prüfen berechtigt und verpflichtet ist. In Goltd. Arch. Bd. 30 S. 392 erfährt der in Entscheidung Bd. 14 S. 310 zum Ausdruck gebrachte Grundsatz dann eine Einschränkung, wenn die ins Werk gesetzte Lieferung vertragswidriger Ware als die planmäßige Ausführung eines schon von vornherein, bei Schließung des Vertrages begonnenen, täuschenden Verhaltens darstellt. Im Urteil des RG. vom 30. 1. 30 (HRR. Bd. 30 Nr. 1072) wird an dem in Bd. 14 S. 310 aufgestellten Grundsatz festgehalten. [14]

Im Gegensatz hierzu steht die Entscheidung Bd. 3 S. 139, wo ausgeführt wird: „wenn der Angeklagte in dem Bewußtsein, die Besteller erwarteten von ihm die Lieferung von Naturweinen, durch tatsächliche Veranstaltungen, indem er ihnen bewußtermaßen eine Ware lieferte, welche nicht Naturweine waren, aber als solche sich äußerlich darstellten, die Abnehmer in den Glauben versetzte, er liefere die bestellten und naturreinen Weine, so erregte er bei ihnen durch Vorspiegelung falscher Tatsachen einen Irrtum". In der Entsch. Bd. 20 S. 144 hält das Reichsgericht an dem in Entsch. Bd. 14 S. 310 entwickelten Grundsatz fest, betont jedoch, daß dieser Rechtssatz bedeutungslos werde, wenn der Verkäufer in irgend welcher aktiven Weise den Irrtum des Erwerbers über das Nichtvorhandensein solcher Mängel verursacht habe und findet eine solche tätige Irrtumserregung sowohl darin, daß der Verkäufer an dem Grundstück die daran vorhandenen sichtbaren Schwammschäden vorher künstlich entfernt hat, dem Grundstück also den trügerischen Schein eines nicht am Schwamm leidenden Gebäudes gegeben hat, als auch darin, daß die Angeklagten bei Abschluß des Vertrages sich bewußt waren, daß die von ihnen veranlaßten Manipulationen das Erkennen der Schwammschäden bei der Besichtigung des Grundstückes unmöglich machten. Bei einem Vergleich dieser beiden Entscheidungen ergibt sich der Widerspruch, den das Reichsgericht durch das Aufstellen jenes Grundsatzes in Bd. 14 S. 310 geschaffen hat. Denn das bewirkte Ver-

[14] „Es sind darüber hinaus irgendwelche in Worte oder Handlungen betätigte, besondere Veranstaltungen zu verlangen, die dazu bestimmt sind, den Empfänger der Lieferung über das, was er tatsächlich in Empfang nimmt, in einen positiven Irrtum zu versetzen."

fälschen des Mörtels ist richtiger Ansicht nach genau so als ein positives Vorspiegeln anzusehen, wie die Verdeckung des Schwammes.

In einem, der vertragswidrigen Lieferung einer Ware ähnlich gelagerten Falle hat das RG. in Bd. 42 S. 150 ausgesprochen, daß grundsätzlich in der bewußten Forderung eines höheren, als des von rechtswegen zu beanspruchenden Preises für eine Leistung ohne Aufklärung hierüber eine Täuschungshandlung nicht unter allen Umständen zu erblicken sei, weil in der Berechnung und Forderung des Preises regelmäßig nur das einseitige Verlangen ausgesprochen werde, den geforderten Preis als den vertragsmäßig zu leistenden anerkannt zu sehen. Denn regelmäßig könne sich der Fordernde darauf verlassen, daß der Vertragsgegner die gestellte Forderung nach ihrer Berechtigung nach allen hierfür maßgeblichen Gesichtspunkten prüfe. Insoweit deckt sich der hier ausgesprochene Grundsatz mit dem, wie er in Goltd. Arch. Bd. 47 S. 283 über die Nachprüfung des Käufers aufgestellt wird. Wenn aber das Reichsgericht in Bd. 42 S. 150 fortfährt, dies treffe aber nicht zu, wenn dem Fordernden bewußt sei, daß nach der besonderen Gestaltung der Umstände der Vertragsgegner die Forderung auf ihre Vertragsmäßigkeit nicht prüfe oder nicht prüfen könne, sei es, weil er sich auf die Vereinbarung verlasse, auf die Redlichkeit oder bessere Sachkunde des Fordernden vertraue, sei es, weil ihm die eigene Fähigkeit zur Prüfung fehle oder sonstige Gründe ihn abhalten, er vielmehr ohne solche Prüfung den in Rechnung gestellten Betrag als vertragsmäßig zu leistenden anerkenne, so wird der zunächst ausgesprochene Grundsatz beinahe zur Ausnahme gemacht. Denn in den meisten Fällen wird eine derartige Nachprüfung wegen der besonderen Gestaltung der Umstände nicht erfolgen. Es ist nun aber weder aus rechtlichen noch aus anderen Gesichtspunkten — auch nicht aus demjenigen, daß im Handel das Risiko eine Rolle spiele und jeder Händler damit rechnen müsse und auch damit rechnet, bisweilen vom Gegner übers Ohr gehauen zu werden[15] — irgend ein Grund ersichtlich, weshalb der eine vertragswidrige Ware Liefernde nicht unter denselben Forderungen stehen soll, wie sie das RG. bei dem bewußt zuviel Fordernden aufstellt. Auch dort muß grundsätzlich gelten, daß der Liefernde, der sich darüber im Klaren ist, der Vertragsgegner werde die Ware auf ihre Vertragsmäßigkeit aus irgend welchem berechtigten Grunde nicht prüfen, dadurch, weil der andere sich auf den Liefernden verläßt, eine falsche Tatsache vorspiegelt, nämlich er habe vertragsmäßig geliefert.

[15] Vgl. Hoffmann a. a. O. S. 27.

Daß der Empfänger einer Ware zivilrechtlich verpflichtet ist, die angebotene Erfüllung zu prüfen und die Annahme vertragswidriger Ware zu verweigern, ist nicht zu bestreiten. Sie darf aber nicht dazu führen, die Strafbarkeit der Handlungsweise des anderen Vertragspartners zu beseitigen; denn der Schutz des § 263 StGB. muß auch dem zukommen, der bei genügender Aufmerksamkeit sich nicht hatte täuschen lassen. Die Straffreiheit in derartigen Fällen würde jeden Empfänger einer Leistung dazu verpflichten, trotz des Abschlusses eines Vertrages die Ware von Sachverständigen untersuchen zu lassen.

Eine endgültige Lösung dieses Problems soll jedoch an dieser Stelle nicht erfolgen, vielmehr nur aufgezeigt werden, zu welch zufallsbedingten Entscheidungen das Reichsgericht durch die Anwendung des qualifizierten Schweigens gekommen ist.

Wie nun das Reichsgericht in dem angebotenen Verkauf vertragswidriger Waren nicht das tätige Vorspiegeln der Mängelfreiheit erkennt, so sieht es in dem Nachsuchen eines Kredits trotz ungünstiger Vermögenslage kein Vorspiegeln der Kreditwürdigkeit.[16] In dem JW. 1934 S. 1052 zu Grunde liegenden Sachverhalt wurde in der Annahme vereinbarter Vorleistungen trotz eingetretener Zahlungsunfähigkeit ein Vorspiegeln der weiterhin bestehenden Zahlungsfähigkeit nicht erblickt, ebensowenig wie in der Entsch. vom 20. 11. 27 (HRR. 1928 Nr. 389) eine durch das Gesamtverhalten zum Ausdruck gebrachte Vorspiegelung des Bestehens einer Schuld angenommen wird, wenn ein Gläubiger es widerspruchslos geschehen läßt, daß sein Schuldner eine bereits geleistete Schuld aus Irrtum zum zweitenmal zahlt.

Auch auf dem Gebiete des Unterstützungsbetruges hat sich das Reichsgericht nicht zur Anwendung des Grundsatzes entschließen können, daß das Gesamtverhalten, nämlich tätiges Verhalten und Verschweigen, ursächlich für die Täuschung sein kann. Es hat vielmehr beim Fortbezug einer Unfallrente trotz eingetretener Besserung der Gesundheitsverhältnisse keine Vorspiegelung der Fortdauer der Invalidität angenommen (RGSt. Bd. 46 S. 414), genau so wenig wie es in RGSt. Bd. 63 S. 212 in dem Fortbezug der Fürsorgeunterstützung trotz Aenderung der Einkommensverhältnisse eine Vorspiegelung weiterbestehender Hilfsbedürftigkeit gesehen hat. Die einseitige Abstellung auf das Bestehen einer Rechtspflicht kraft Gesetzes zur Mitteilung der eine Aenderung der Unterstützung bedingenden Gesundheitsbesserung hat zu Entscheidungen geführt, die den Lebensverhältnissen nicht gerecht werden können. In der Entscheidung

[16] RGSt. 31 S. 208; 24 S. 216; Goltd. Arch. 43 S. 252.

Bd. 62 S. 418 hat das Reichsgericht anerkannt, daß in der Empfangnahme der einzelnen Rentenzahlungen ein ständig sich fortsetzendes Erhalten des Täuschungszustandes, insofern also ein Tätigwerden des Rentenempfängers liegen könne. Dieser Sachverhalt unterscheidet sich aber insoweit von den anderen, als die Rentenbescheide unter der Vorspiegelung erlangt wurden, die Verletzung sei im Betriebe erfolgt, während sie in Wirklichkeit von einem häuslichen Streite herrührte.

Dem gegenüber stehen die Entscheidungen des bayr. OLG. (LZ. 1921 Sp. 385) und des KG. (DJZ. 1931 Sp. 710). Hier wurde in richtiger Anwendung obigen Grundsatzes angenommen, daß der Angeklagte durch seine Meldung als Erwerbsloser die falsche Tatsache der Bedürftigkeit vorgespiegelt habe, bzw. daß schon die Beantragung der Krisenunterstützung unter Verschweigung von Einnahmen die Vorspiegelung der falschen Tatsache der Bedürftigkeit enthalte. In der Entscheidung Bd. 64 S. 209 hat das RG. den Angeklagten verurteilt, weil eine Rechtspflicht zur Mitteilung anderweiten Arbeitseinkommens nach der VO. über Erwerbslosenversicherung vom 16. 2. 24 bestehe, obwohl dort, im Gegensatz zu späteren Verordnungen, eine Rechtspflicht nicht ausdrücklich ausgesprochen ist.

Es wurde in Vorstehendem gezeigt, daß Rechtslehre und Rechtsprechung das das Schweigen begleitende, aktive Verhalten in weitestem Maße berücksichtigt haben. Es ist ersichtlich geworden, daß es in den meisten Fällen schwer ist, eine genaue Abgrenzung zwischen Unterdrückung und mittelbarer Vorspiegelung zu schaffen. Jedenfalls konnte und kann damit eine einheitliche und abschließende Lösung der vom Gesetzgeber der Praxis und Wissenschaft zur Ausfüllung überlassenen Lücke, ob Betrug durch Schweigen möglich ist, nicht gegeben werden. Im Gegenteil haben diese Lösungsversuche und die Neigung, in dem das Verschweigen begleitenden tätigen Verhalten allein die Verwirklichung der Merkmale der Vorspiegelung oder Unterdrückung zu suchen, teilweise das Ringen um die Erkennung der Probleme in den Hintergrund verwiesen. Mit Recht weist Busch [17] darauf hin, daß diese Neigung zu zufallsbedingten Entscheidungen führe, die auch bei richtigem Endergebnis doch den Eindruck einer gewissen Willkür und Unsicherheit machen würden.

[17] a. a. O. S. 7.

3. Abschnitt.

Das reine Schweigen.

§ 5.

Die Anwendung der Grundsätze der Begehungsstraftaten durch Unterlassung.

Es wurde in vorstehendem Abschnitt aufgezeigt, daß das Schweigen in zweifacher Form auftreten kann, einmal in schlüssiger Weise, sodann ausnahmsweise auch als reines Schweigen, als die Nichtäußerung eines Umstandes. Dieses letztere Schweigen ist immer Unterlassung. Da sich aber der Betrugstatbestand als eine Begehungsstraftat darstellt, sind die Fälle des reinen Schweigens nach den Grundsätzen über die Begehungsstraftaten durch Unterlassung zu beurteilen. Zunächst ist jedoch, bevor wir im einzelnen auf diese Streitfragen eingehen, zu der Ansicht des Leipz. Komm. Stellung zu nehmen. Die ohne nähere Begründung aufgestellte Behauptung, die Täuschungsmittel seien Tätigkeiten und es hätten die allgemeinen Grundsätze über die Begehungsstraftaten durch Unterlassung der Sonderregelung des § 263 zu weichen, geht fehl und würde zu unerträglichen Ergebnissen führen. Um solche zu vermeiden, versuchte der Leipz. Komm. diese mit der Theorie des reinen Schweigens zu lösen, wonach das Schweigen beim Bestehen einer Rechtspflicht zur Offenbarung einer Tatsache unter den Begriff des Vorspiegelns fällt, weil das Schweigen hier nicht als Unterdrücken, sondern als einer äußeren Handlung gleichwirkend zu erachten sei, die eine durch den Rechtszwang in die Außenwelt gedrängte Tatsache rechtswidrig hintan halte und auf diese Weise unterdrücke. Mit diesem Ausweg wird jedoch menschliches Verhalten und das Bestehen einer Rechtspflicht in ein Verhältnis zueinander gebracht, das nicht angängig ist. Das Bestehen einer Rechtspflicht ist lediglich für die Frage der Rechtswidrigkeit wesentlich, nicht aber kann eine solche Rechtspflicht das menschliche Verhalten berühren. Vor allem aber ist aus den richtigen Erwägungen Kissin's[1] die Unhaltbarkeit dieser Lehre ersichtlich. Die Unterlassung kann nämlich niemals ausschließlich, — im Gegensatz zur Handlung — sondern nur neben anderen positiven Bedingungen für den Erfolg ursächlich sein. Die Gefahr, daß der schädliche Erfolg eintritt, muß schon bestanden haben: entweder kann diese Gefahr in einem einmaligen Ereignis begrün-

[1] a. a. O. S. 37; vgl. Busch a. a. O. S. 1; Landsberg a. a. O. S. 100.

det sein, oder kann sie als fortwährender Zustand zum Wesen der Einrichtung gehören. Durch die Unterlassung kann also die Gefahr nie hervorgerufen werden sondern nur nicht beseitigt werden, da „die Unterlassung logisch-theoretisch nicht fähig ist, für sich allein einen Erfolg zu verursachen". Damit dürften wohl die Bedenken, die gegen die Anwendung der Grundsätze über die Begehungsstraftaten durch Unterlassung beim Betrug ausgesprochen worden sind, widerlegt sein.

Nach diesen letzteren Grundsätzen ist aber eine rechtswidrige Täuschung nur dann gegeben, wenn für den Täter eine Rechtspflicht zum Handeln, also zur Klarlegung der verschwiegenen Tatsache bestanden hat. Rechtslehre und Rechtsprechung haben im Laufe der Jahre verschiedenartige Quellen dieser Rechtspflicht geschaffen und anerkannt. So kann eine Rechtspflicht zum Eingreifen im Sinne einer Erfolgsabwendung, nämlich des vermögensschädigenden Irrtums begründet sein:

1. durch Gesetz, geschriebenes oder gewohnheitsrechtliches, öffentlich- oder privatrechtliches;
2. durch Vertrag oder Uebernahme, sei sie ausdrücklich in einem Vertrag oder konkludent geschehen [2],
3. durch vorangegangenes, gefahrschaffendes Tun, das schuldhaft oder schuldlos die Gefahr des Eintritts des Erfolges herbeiführt oder näherrückt,
4. durch die rechtlich-soziale Stellung des Täters, die zur Abwendung einer ohne eigenes Zutun entstandenen Gefahr verpflichtet. [3]

Die Frage, ob sich aus den Wertbegriffen von Treu und Glauben, gute Sitten im Rechtsleben eine derartige Rechtspflicht zur Offenbarung der verschwiegenen Tatsache ergibt, soll hier nur angedeutet sein; sie wird im nächsten Abschnitt ihre besondere Behandlung erfahren.

§ 6.

Die Rechtspflichten zur Aufklärung eines Irrtums.

1. Wenn auch in den meisten Fällen durch die Tatsache, daß der Betrug am häufigsten bei Eingehung und Abschluß von Verträgen vorkommt, die gesetzlichen Aufklärungspflichten im bürgerlichen Recht zu suchen sein werden, so kann nach allgemeiner Auffassung trotzdem der Rechtssatz zur Offenbarung und

[2] Vgl. RGSt. Bd. 58 S. 130; Bd. 64 S. 273.

[3] vgl. Mezger Strafrecht § 16 IV.; v. Hippel LB. § 30 V.; vgl. auch Bd. 4 S. 227.

Mitteilung in jedem Teil der Rechtsordnung beheimatet sein. Nach allgemein herrschender Ansicht ist wesentliches Merkmal dieser Rechtssätze, daß sie schlechthin bindend sein sollen in dem Sinn, daß für eine eigene Entscheidung kein Raum mehr bleibt; ist es dem Verpflichteten noch überlassen, nach eigenem Gewissen zu entscheiden, ob etwas geboten ist oder nicht und ist ihm anheimgegeben, ob er der Sitte als einer Anstandsregel oder einem Lebensbrauch folgen oder die Nachteile, die der Bruch der Sitte mit sich bringt, auf sich nehmen will, so liegt keine Rechtspflicht vor.[1]

Da bezüglich dieser Aufklärungspflicht in der Rechtsprechung und Rechtslehre Einigkeit herrscht[2], erscheint es nicht als notwendig, die gesetzlichen Bestimmungen im einzelnen aufzuführen. Es seien nur die Wichtigsten erwähnt: die Pflichten zur Auskunftserteilung des Verkäufers im § 444 BGB., für den Bevollmächtigten auf Grund eines Auftrages oder Dienstvertrages in den §§ 666, 667, 675 BGB., für die Gesellschafter in § 713, für den Geschäftsführer ohne Auftrag in § 681, für den Ehemann auf Grund seines Verwaltungsrechts am Frauenvermögen in §§ 1374, 1421, 1546, für den Gemeinschuldner in § 100 KO., für den Handelsmäkler in § 101 HGB. Aufklärungspflichten werden auch durch die Steuergesetze auferlegt. Da aber bezüglich Steuerhinterziehungen in § 359 RAO. Sondertatbestände aufgestellt sind, hat die Verletzung dieser Aufklärungspflichten für das Betrugsstrafrecht keine Bedeutung.

Die Lehre von der Rechtspflicht zur Offenbarung von Umständen aus einem bestehenden Rechtssatz hat, wie uns die Entwicklung der Rechtsprechung zeigen wird, zu zufallsbedingten und unbilligen Entscheidungen geführt. Obwohl diese Rechtspflicht in der Rechtsprechung und Rechtslehre übereinstimmend anerkannt wird, ist die Beschränkung der strafbaren Betrugsfälle auf solche, in denen eine Verletzung einer Rechtspflicht vorliegt, mit den Belangen eines ehrlichen Handels und Wandels nicht immer in Einklang zu bringen. Einmal trägt die Schuld daran, daß diese Lehre eine Einschränkung machen mußte, daß eine außerstrafrechtliche Rechtspflicht nicht in allen Fällen schon ausreicht, um einen hinreichenden Grund für die Bestrafung ihrer Nichterfüllung zu liefern. So kann die Verletzung der Rechtspflicht zur Offenbarung und Mitteilung von Tatsachen nicht schon schlechthin den Tatbestand des Betrugs erfüllen, vielmehr ist notwendig, daß gerade das Unterlassen die Bedeutung des Vorhandenseins der verschwiegenen Tatsache hat. In

[1] Vgl. Enneccerus AT. § 28 I, 2.
[2] Olshausen § 263 Ziff. 13; Frank § 263 II 3 a.

diesem Sinne hat das Reichsgericht in RGSt. 37 S. 61 ausgesprochen, daß im Verschweigen die Unterdrückung einer wahren Tatsache gefunden werden könne, wenn eine Rechtspflicht zur Offenbarung der Wahrheit bestanden hätte. Wesentlich verschieden sei jedoch der Fall, daß eine Rechtspflicht zur Abgabe einer Erklärung begründet sei und entgegen dieser Rechtspflicht die Abgabe nur unterlassen oder verweigert werde. „Besteht wie dies bei einem Auftragsverhältnis hinsichtlich der Pflicht zur Rechnungslegung der Fall ist, eine solche Pflicht, so enthält die Nichtabgabe der Erklärung wohl die Verletzung der entsprechenden Vertragspflicht, niemals kann aber hierin allein, und sofern nicht besondere Umstände hinzutreten, die Unterdrückung derjenigen Tatsache gefunden werden, auf welche sich die Erklärung, wenn sie abgegeben worden wäre, wahrheitsgemäß zu erstrecken gehabt hätte". Zum andern ist für diese Entwicklung maßgebend, daß die Vorschriften des öffentlichen und privaten Rechts zunächst lediglich zu dem Zweck aufgestellt sind, um eine bürgerlich- oder öffentlichrechtliche Bestimmung zu schaffen, um „lediglich den besonderen, auf den Gegenstand der Regelung bezogenen Zwecke zu dienen"[3]. Es wird also meist vom Zufall abhängen, ob solche Mitteilungs- und Offenbarungspflichten vom Gesetzgeber aufgestellt und gewollt sind. Den entscheidensten Einfluß auf diese ungünstige Entwicklung dürfte jedoch das unnachgiebige Festhalten der Rechtsprechung an dem Bestehen einer durch Rechtssatz festgelegten Rechtspflicht als Voraussetzung der Begehung eines Betrugs durch Schweigen gehabt haben. Diese einseitige Betonung hat so weit geführt, daß das Reichsgericht in der Entscheidung Bd. 41 S. 376 ausdrücklich anerkennt, der Angeklagte habe sich eines schweren Verstoßes gegen die im Privatrecht herrschenden Grundsätze von Treu und Glauben schuldig gemacht und die guten Sitten in der gröblichsten Weise verletzt, trotzdem aber ein betrügerisches Verhalten verneint, weil nach feststehender Rechtsprechung der Begriff der Unterlassung im Fall des § 263 StGB. beim Fehlen der Verletzung einer Rechtspflicht nicht erfüllt sei. Aber auch in anderen Entscheidungen hat die Ansicht des Reichsgerichts wegen Fehlens einer Rechtspflicht zur Offenbarung von Umständen zu Freisprüchen geführt, in denen nach unserem Rechtsgefühl eine Bestrafung wegen Betrugs angebracht wäre.

Es soll nun die Unhaltbarkeit dieser einseitigen Betonung anhand einiger Beispiele aus der Rechtsprechung gezeigt werden: Das Reichsgericht verneint in RGSt. Bd. 23 S. 244 das Ver-

[3] Busch a. a. O. S. 10.

liegen des Betrugstatbestandes, wenn der Schuldner einer begründeten Forderung deren Bestehen dem Gläubiger gegenüber wider besseres Wissen bestreitet und ableugnet. Es begründet diese seine Ansicht damit, daß positiv eine falsche Tatsache nicht vorgespiegelt worden sei und in dem bloßen Ableugnen einer an sich begründeten Forderung ein Unterdrücken mangels einer Rechtspflicht zur Offenbarung der Schuld nicht gefunden werden könne. Der Schuldner sei rechtlich nicht verpflichtet, das Bestehen der Schuld einzugestehen, er sei befugt, vom Gegner Beweise zu erwarten und bis zur Erbringung solcher zu leugnen. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß eine derartige Lösung den Lebensverhältnissen und den Forderungen eines redlichen Geschäftsverkehrs nicht entsprechen kann. In einem ähnlich gelagerten Fall, in dem Arbeiter irrtümlich zu viel geleistete Zahlung wissentlich angenommen haben, hat das Reichsgericht in RGSt. Bd. 23 S. 93 das Unterdrücken einer Tatsache verneint, weil eine Rechtspflicht, den wahren Sachverhalt darzulegen, insbesondere nach den Vorschriften des BGB. nur insoweit bestanden habe, als die Arbeiter zur Zurückzahlung des irrtümlich zu viel bezahlten Betrages verpflichtet gewesen seien. Es unterliegt keinem Zweifel, daß diese Entscheidung auf Grund des Treueverhältnisses zwischen Gefolgschaft und Betriebsführer nicht mehr haltbar ist, sie aber auch mit dem Bestehen einer Rechtspflicht im früheren Sinn nicht gelöst werden kann. Unter den neueren Entscheidungen ist vor allem das Urteil des Reichsgerichts in JW. 34 S. 1032 zu erwähnen.

Am krassesten tritt jedoch die Abhängigkeit der Entscheidungen vom Zufall sowie die Unhaltbarkeit der einseitigen Betonung der Rechtspflicht auf dem Gebiet des Unterstützungsbetruges in Erscheinung. Rechtspflichten zur Offenbarung der Aenderung der Hilfsbedürftigkeit stellen das AVAVG. in § 176 und der Artikel 4 Abs. 3, Artikel 3 Abs. 3 der VO. über die Krisenfürsorge für Arbeitslose vom 11. 10. 30 und 23. 10. 31 auf, wonach jeder Empfänger einer Krisenunterstützung verpflichtet ist, jede Aenderung des eigenen Einkommens oder eines seiner Angehörigen ohne besondere Aufforderung anzuzeigen. Im Gegensatz hierzu hatten die bis zum 30. 9. 27 geltende VO. vom 16. 2. 24 über die Erwerbslosenfürsorge, sowie das Gesetz über Krisenfürsorge für Erwerbslose vom 19. 11. 26 keine Rechtspflicht zur Offenbarung bzw. Anzeige gekannt.[4] Dagegen wurde für den Wohlfahrtunterstützungsempfänger eine derartige Rechtspflicht nicht gesetzlich festgelegt, woraus man den Schluß gezogen hat, daß eine gesetzliche Pflicht nicht bestehe, der Für-

[4] Vgl. JW. 29 S. 1497.

sorgestelle Tatsachen anzuzeigen, bei deren Kenntnis die früher anerkannte Hilfsbedürftigkeit verneint oder in geringerem Grade zugegeben werden würde. So hält das Reichsgericht in RGSt. Bd. 65 S. 212 die Mitteilung der Aenderung der Einkommensverhältnisse seitens des Empfängers von Fürsorgeunterstützung mit Rücksicht auf die Redlichkeit im Verkehr für geboten, verneint jedoch das Vorliegen des Betrugstatbestandes mangels einer dem § 190 RVO. und § 176 AVAVG. entsprechenden Vorschrift in der VO. über die Fürsorgepflicht vom 13. 2. 24. Im Gegensatz hierzu steht die Entscheidung in Bd. 64 S. 209, wo der Empfänger von Arbeitslosenunterstützung auf Grund der VO. über Erwerbslosenversicherung vom 16. 2. 24 strafrechtlich verpflichtet ist, dem Arbeitsamt zu offenbaren, wenn er Arbeit bekommen hat, obwohl in dieser Verordnung — wie bereits erwähnt — eine entsprechende Vorschrift überhaupt fehlt. In der Entscheidung Bd. 46 S. 414 verneint das RG. eine Rechtspflicht zur Mitteilung der wiedererlangten Sehkraft, deren Verlust zur Gewährung der Rente geführt hatte, mit dem Hinweis auf das Unfallversicherungsgesetz vom 3. 7. 1900, das erkennen lasse, daß es mit einer zeitweiligen Fortgewährung der Rente trotz eingetretener Besserung rechne und daß für diese Zeit sogar ein wohlbegründetes Recht des Rentenempfängers bestehe. Eine Unterdrückung wahrer Tatsachen liege nicht schon dann vor, wenn Anstand und Sittlichkeit ihre Offenbarung verlange.

Es fehlt nicht an Entscheidungen unterer Gerichte, die diese, durch das Abstellen auf eine Rechtspflicht hervorgerufenen Unbilligkeiten vermeiden wollen. So hat das hanseat. OLG. in der Entscheidung vom 23. 10. 30 ausgeführt, daß die Inanspruchnahme von Wohlfahrtsunterstützung eine Rechtspflicht des Angeklagten voraussetze, seine die ursprüngliche und fortdauernde Hilfsbedürftigkeit begründeten Verhältnisse wahrheitsgemäß zu offenbaren, jedoch diese Rechtspflicht unmittelbar aus dem Rechtsverhältnis abzuleiten sei. Während Oellrich [5] die Ansicht vertritt, daß Inhalt und Aufbau des Rechtsverhältnisses die Annahme nahe lege, daß eine Rechtspflicht des Fürsorgeempfängers bestehe, die Veränderungen in den Voraussetzungen seines Anspruchs zu offenbaren, sieht Busch [6], obwohl eine ausdrückliche Erwähnung des Grundsatzes von Treu und Glauben nicht ergangen sei, die Grundlage dieser Entscheidung in der unbewußten Anwendung dieses letzteren Grundsatzes. Wir meinen jedoch, daß der Ansicht Oellrichs eher zuzustimmen ist, da sonst in den Entscheidungsgründen diese Grundsätze von Treu und

[5] ZStRW. Bd. 53 S. 71.
[6] a. a. O. S. 19.

Glauben auch ausgesprochen worden wären. Oder sollte das hanseat. OLG. lediglich im Hinblick auf eine etwaige Aufhebung des Urteils durch das Reichsgericht von der Anwendung dieses Grundsatzes abgesehen haben?

Das bayer. OLG. vertritt in der Entscheidung LZ. 1921 Sp. 385 einen ähnlichen Standpunkt wie das hanseat. OLG., wenn es ausführt, auch wahre Tatsachen könnten unterdrückt werden; denn die Geltendmachung des von der Bedürftigkeit abhängigen Anspruches begründe die Rechtspflicht zur Offenbarung der verschiedenen Verhältnisse. In der Entscheidung DJZ. 1931 Sp. 710 hat das KG. angenommen, daß schon die Beantragung der Krisenunterstützung unter Verschweigung von Einnahmen die Vorspiegelung der falschen Tatsache der Bedürftigkeit enthalte. Hier wird das Schweigen im Zusammenhang mit dem tätigen Verhalten des Unterstützungsempfängers als ein einheitlicher Vorgang aufgefaßt.

Diese verschiedenartigen Ergebnisse dürften niemals bestehen. Wir können heute mit einer derartigen Rechtsprechung nicht mehr einig gehen, da auch auf dem Gebiete des Versicherungs- und Unterstützungsrechtes ein Umschwung eingetreten ist. Derartige Volksschädlinge, die sich auf Kosten der Abzüge der arbeitenden Volksgenossen durchschlagen, verdienen als Betrüger bestraft zu werden. Gleichgültig ob eine gesetzliche Aufklärungs- und Mitteilungspflicht besteht oder nicht. Mit Recht wird heute die unberechtigte Ausnützung einer sozialen Einrichtung als Betrug an dem Gelde der Mitarbeiter und an dem Gemeinvermögen aufgefaßt. Bei einem Vergleich zwischen den einzelnen Entscheidungen, die auf Grund einer kraft Rechtssatzes bestehenden Rechtspflicht zur Offenbarung und Mitteilung von Tatsachen ergangen sind, kann man sich nicht des Eindrucks erwehren, daß die Rechtsprechung die erforderliche Rechtspflicht dort bejaht, wo sie glaubt bestrafen zu müssen, jedoch verneint, wo sie freisprechen will.

2. Neben der unmittelbar aus dem Gesetz begründeten Rechtspflicht können derartige Offenbarungs- und Mitteilungspflichten auch vertraglich übernommen werden.[7] Die Unterlassung der Erfüllung derartiger vertraglich übernommenen Pflichten ist, woran kein Zweifel besteht, rechtswidrig, da der Vertragsbruch rechtswidrig ist. Die Beurteilung derartiger Fälle bietet weiter keine Schwierigkeiten.

3. Eine weitere Offenbarungspflicht, deren Nichterfüllung sich als eine Unterdrückung wahrer Tatsachen darstellt, ergibt

[7] Dagegen Kohlrausch a. a. O. S. 14.

sich aus dem Grundsatz, daß derjenige, der durch ein vorangegangenes Verhalten, schuldhaft oder schuldlos, die Gefahr des Eintritts eines schädigenden Erfolges herbeigeführt oder näher gerückt hat, rechtlich verpflichtet ist, den Erfolg abzuwenden, wenn es in seiner Macht liegt.[8] Mit diesem Grundsatz dürften wohl am besten diejenigen Betrugsfälle zu lösen sein, in denen der Täter Veranstaltungen trifft, ohne die Absicht einer späteren Betrugsbegehung, jedoch sich diese Veranstaltungen in gegebenem Zeitpunkt zu Nutzen macht, also auf Grund einer schuldlosen Vorhandlung später, in Kenntnis dieses Umstandes, irgend welche Vertragsabschlüsse tätigt. Unter Anwendung dieses, durch Gewohnheitsrecht entstandenen Grundsatzes[9] hätte vor allem der der Entscheidung Bd. 31 S. 208 zu Grunde liegende Sachverhalt eine billige und gerechte Beurteilung erfahren können. Wenn dort der Kreditsuchende anläßlich einer früheren Gelegenheit den Kreditgeber in einen Irrtum versetzt hatte, so ist er, wenn er den bei dem Kreditgeber noch bestehenden Irrtum erkennt, rechtlich verpflichtet, die durch eigene Handlungen — allerdings unbewußt — geschaffenen Verhältnisse zu beseitigen, die in ihrer Fortwirkung den rechtsverletzenden Erfolg herbeiführen können, wenn nicht entsprechende Gegenmaßnahmen getroffen werden. Genau so wäre der der Entscheidung Bd. 20 S. 144 zu Grunde liegende Sachverhalt zu lösen, wo das Reichsgericht bei der Beantwortung der Frage, ob der Grundstückseigentümer bei späterem Verkauf rechtlich verpflichtet ist, die früher, ohne Betrugsabsicht vorgenommenen Verdeckungen von Schwammschäden zu offenbaren, nicht auf rechtspflichtwidriges Verschweigen abstellt, vielmehr tätiges Vorspiegeln angenommen hat. Mit Recht wird dagegen geltend gemacht[10], daß die Entscheidungsgründe nicht erkennen lassen würden, worin dieses tätige Vorspiegeln zu erkennen sei, in der vorangegangenen Verdeckung der Schwammschäden[11] oder in

---

[8] So die herrsch. Lehre, vor allem Frank S. 18; Kissin a. a. O. S. 101; v. Hippel S. 257; RGSt. Bd. 58 S. 130; 64 S. 273.

[9] RGSt. Bd. 46 S. 337 spricht von einer „ständigen Rechtsprechung" RGSt. Bd. 58 S. 130 von einem „in der Rechtsprechung anerkannten Gewohnheitsrecht"; anders vor allem Kissin a. a. O. S. 104, der nicht auf Gewohnheitsrecht abstellt, vielmehr aus den Grundsätzen, die der allgemeinen Unrechtslehre angehören, die Begründung dieser Rechtspflicht herleitet; so auch Sauer, Kausalität S. 256.

[10] So vor allem Busch a. a. O. S. 9.

[11] Frank a. a. O. S. 18; Hoffmann S. 55; Busch a. a. O. weisen darauf hin, daß es in diesem Fall zur Anerkennung eines dolus subsequens kommen würde. Wenn man aber die Ansicht Kissin's S. 107 zu Grunde legt, daß als strafbares Verhalten nicht die Vorhandlung, vielmehr allein das Unterlassen erscheinen müsse, so kann man von einem dolus

dem Abschluß des Tauschvertrages trotz der Erkenntnis, daß die Vertragsgegner das Verdecken der Schwammschäden nicht erkannt hatten.

4. Dieselbe Bedeutung kommt bei den Betrugsfällen dem bei den Begehungsstraftaten durch Unterlassung als weitere Rechtspflichtquelle anerkannten Grundsatze zu, „wonach der eingetretene Schaden von der Person des Täters dann abhängig ist, wenn aus der Stellung, die der Täter in der Gemeinschaft inne hat, aus der Funktion, die er in dem gesellschaftlichen Gesamtorganismus ausübt, die Pflicht zur Abwendung des Schadens entspringt".[12] Auch hier kann sich aus der rechtlich sozialen Stellung des Betreffenden eine Rechtspflicht zur Offenbarung von Umständen ergeben.[13] Wann jedoch diese Voraussetzungen für die Erfolgsabwendung auf Grund der rechtlich-sozialen Stellung des Täters gegeben sind, dürften vor allem die positiven Rechtsvorschriften maßgebend sein. Unter dieser Rechtspflichtquelle werden sich daher auch Fälle befinden, die bereits oben bei der durch Rechtssatz begründeten Rechtspflicht erwähnt wurden, da gerade Erziehungs-, Fürsorge-, Unterhalts-, Berufs-, Amts- und Gewerbepflichten durch positive Rechtsvorschriften umschrieben sind.

Hier ist vor allem die Entscheidung des RG. in Jur. Rundschau, Jahrg. 1926 Nr. 1883 zu erwähnen, in der ein Beamter sich eines Betrugs schuldig gemacht hatte, weil er als solcher zur Offenbarung der Tatsache, daß seine Umzugskosten weit weniger betragen, als angegeben, rechtlich verpflichtet gewesen sei.[14] Aehnlich wie der Beamte auf seinen Posten gestellt ist, nimmt der Rechtsanwalt seinem Mandanten gegenüber eine besondere Stellung ein, die ihn zur Offenbarung bestimmter Tatsachen

---

subsequens nicht mehr sprechen, weil der gefahrbegründende Vorakt nicht Voraussetzungen für die Strafbarkeit der Unterlassung ist, da er für den schädlichen Erfolg kausal ist, sondern weil er die Unterlassung materiell rechtswidrig macht.

[12] So Kissin S. 107, der vor allem darauf abstellt, daß die Rechtsordnung jedem einzelnen Aufgaben zuteilt, deren Erfüllung Voraussetzung für das Funktionieren des sozialen Mechanismus sei und die Gemeinschaft mit der Wahrnehmung dieser Tätigkeit rechne.

[13] So vor allem v. Hippel, Lehrb. S. 102; Gerland, Lehrb. S. 170; Mezger, Lehrb. S. 142 spricht im Anschluß an Träger von einem „auf den Posten stellen", welcher „verantwortlich" mache. Frank S. 14 stellt in diesen Fällen auf eine Rechtspflicht kraft rechtswirksamer Uebernahme ab.

[14] Die Uebernahme einer Amtsstellung will Mezger, Lehrb. S. 143 unter die Rechtspflicht kraft Vertrages bringen; meint aber trotzdem, daß eine genaue Unterscheidung nicht möglich sei, vielmehr zwischen beiden eine Verbindung bestehe.

verpflichtet. Die Anwendung der Rechtspflichtquelle aus der rechtlich-sozialen Stellung auf den der Entscheidung RGSt. Bd. 4 S. 227 zu Grunde liegenden Sachverhalt, in dem ein Rechtsanwalt Gebühren erhob, auf die er rechtlich keinen Anspruch hatte, würde eine verständlichere Lösung mit sich bringen, als dies in den Gründen des Urteils, wonach in der Annahme der Gebühren eine Vorspiegelung falscher Tatsachen zu erkennen sei, geschehen ist.

Vor allem dürfte dieser Rechtspflichtquelle in der heutigen Rechtsauffassung eine bedeutendere Stellung beigemessen werden, da gerade heute schon jedem Einzelnen gegenüber den in der Volksgemeinschaft zusammengewachsenen Volksgenossen durch die Durchdringung und Anerkennung des Gemeinschaftslebens mit sozialen Grundsätzen besondere Pflichten auferlegt sind, die in der nationalsozialistischen Forderung „Gemeinnutz vor Eigennutz" ihren deutlichsten Ausdruck finden. Jedoch auch mit dieser Rechtspflichtquelle können nicht sämtliche Fälle, in denen die Erfüllung einer Offenbarungspflicht von dem einzelnen Volksgenossen zu erwarten ist, gesundem Rechtsgefühl entsprechend, gelöst werden. Wir müssen daher prüfen, ob nicht sonstige allgemeine Grundsätze unserer Rechtsordnung eine solche Rechtspflicht im Sinne der Erfolgsabwendung, also der Vermögensbeschädigung durch Täuschung begründen können.

4. Abschnitt.

Die Grundsätze von Treu und Glauben.

§ 7.

Die Grundsätze von Treu und Glauben.

1. Im älteren Schrifttum.
2. In der neueren Rechtsprechung.
3. Im neueren Schrifttum.

1. Bereits in § 1 wurde auf die im Schrifttum herrschende Meinung hingewiesen, daß der Betrug als eine Straftat gegen Treu und Glauben aufzufassen ist. Gewisse Schriftsteller gehen in ihrer Meinung vom Wesen des Betrugs nicht so weit, erklären jedoch im Zusammenhang mit der Frage der Rechtswidrigkeit des Schweigens, daß sich eine Rechtspflicht zur Offenbarung und Klarlegung von Umständen aus dem Grundsatz von Treu und Glauben im Verkehr ergeben kann. So vertritt Oppenhof-Delius [1] die Meinung, daß für die Frage des pflichtwidrigen Verschweigens nicht das allgemeine Recht auf Wahrheit entscheidend sei, vielmehr eine anderweitig begründete, besondere Pflicht, die Wahrheit zu sagen, vorausgesetzt werde. Diese Pflicht brauche aber nicht notwendig eine rechtlich zwingende zu sein, es genüge, wenn sie nach der allgemeinen Rechtsanschauung durch die Rücksichten der Redlichkeit im Verkehr oder der Moral geboten sei. Rommel [2] faßt die Rechtspflicht zur Offenbarung der Wahrheitsangabe ähnlich wie Oppenhof-Delius. Wachenfeld [3] nimmt ebenfalls Offenbarungspflichten, wenn sie sich nicht aus einem Rechtssatze ergeben, in den Grenzen an, in denen sie nach Treu und Glauben im geschäftlichen Verkehr gefordert werden. Auch Liszt [4] leitet eine Rechtspflicht zum Reden aus den Grundsätzen von Treu und Glauben im geschäftlichen Verkehr ab.

Die Rechtsprechung des Preuß. Obertribunals anerkannte ebenfalls eine Rechtspflicht zur Wahrheitsangabe aus diesen Grundsätzen. [5] Im Gegensatz hierzu brach jedoch das Reichsgericht sehr bald [6] mit dieser Auffassung und erklärte, daß in

[1] a. a. O. § 263 Nr. 52.
[2] a. a. O. S. 38.
[3] Lehrb. S. 407.
[4] Lehrb. S. 472.
[5] Vgl. die bei Rommel a. a. O. S. 38 angef. Urteile.
[6] So im Urteil v. 4. 11. 79 (R.Bd. 1 S. 35).

dem Verschweigen ein Unterdrücken wahrer Tatsachen nur dann gefunden werden könne, wenn eine Rechtspflicht verletzt werde, die sich aus dem Gesetz ergeben müsse. An dieser Ansicht hat das Reichsgericht stets festgehalten und im Laufe der Jahre diesen Grundsatz seinen Entscheidungen immer wieder zu Grunde gelegt.[7] Mit Ausnahme der Entscheidung vom 25. Juni 1885 (RGSt. Bd. 12 S. 395), wo das Reichsgericht anerkannt hat, daß in der vorsätzlichen Nichterfüllung einer nach Treu und Glauben im Verkehr begründeten Offenbarungspflicht eine über das bloße Verschweigen hinausgehende vorsätzliche Unterdrükkung gefunden werden kann, wurden die Grundsätze von Treu und Glauben zur Begründung einer Offenbarungspflicht vom Reichsgericht nicht beigezogen.

2. Erst der Sieg der nationalsozialistischen Weltanschauung brachte die endgültige Anerkennung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Verkehr. Wenn Schmid[8], die in Anmerkung 33 erwähnten Urteile zur Beweisführung dafür heranzieht, daß in der Rechtsprechung ein Umschwung zur Anerkennung der Grundsätze von Treu und Glauben eingetreten sei, so ist dem nur insoweit zuzustimmen, als die Entsch. in Bd. 66 S. 56 die Grundsätze von Treu und Glauben erwähnt, nach den übrigen Urteilen jedoch die Täuschungshandlung in einem schlüssigen Verhalten, also in positiver Tätigkeit zu finden ist.

Wenn auch das Reichsgericht bereits in einem Urteil vor 1933 ausdrücklich auf die Bedeutung von Treu und Glauben als Grundlage für die Annahme einer Rechtspflicht zur Offenbarung von Tatsachen hingewiesen hat[9] und sich nach 1933 nur allmählich und in den meisten Fällen nur bei bestimmten Verhältnissen zur Anerkennung dieses Grundsatzes hatte durchringen können, so hat das neuere Schrifttum die allgemeine Bedeutung dieses Grundsatzes nicht verkannt, sich vielmehr in vollem Umfange dazu bekannt.

Wenn das Reichsgericht zunächst in den Urteilen v. 15. 2. 30[10] und vom 20. 10. 31[11], vom 13. 11. 31[12] eine Offenbarungspflicht ungünstiger Umstände, die für den andern Teil von Bedeutung sind, nur aus dem Grunde bejaht, weil sich diese aus dem auf gegenseitigem Vertrauen beruhenden und durch solches Vertrauen bedingten Vertragsverhältnis ergibt, so ist Busch[13] inso-

[7] So RGSt. Bd. 14 S. 310; 31 S. 208; 41 S. 373; 46 S. 415; 63 S. 211; Goltd. Arch. 51, 51.
[8] a. a. O. S. 35.
[9] Entsch. v. 8. 11. 29, vgl. Wachinger a. a. O. S. 388.
[10] Vgl. Wachinger a. a. O. S. 389
[11] Vgl. Bankarchiv 1932 S. 268 und Wachinger S. 394.
[12] Wachinger a. a. O. S. 395.
[13] a. a. O. S. 11.

weit zuzustimmen, als diese Rechtspflicht in den genannten Urteilen nicht unmittelbar aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abgeleitet wurde, vielmehr die Art des angestrebten Verhältnisses das Entscheidende war. Jedoch können wir uns des Eindrucks nicht erwehren, daß unbewußt doch diese Grundsätze ihre Anwendung gefunden haben. Insoweit ist deshalb auch Wachinger [14] Recht zu geben, der die Ansicht vertritt, daß diese Entscheidungen durch schlüssige Wendungen auf die Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben hindeuten. Auch in späteren Entscheidungen hat das Reichsgericht auf das zwischen den Parteien bestehende Vertrauensverhältnis abgestellt und geradezu aus dem Umstand, daß es sich um ein auf gegenseitigem Vertrauen beruhenden und durch solches Vertrauen bedingten Vertragsverhältnis handelt, die Rechtspflicht aus Treu und Glauben abgeleitet. Zu erwähnen sind in dieser Richtung vor allem die Entscheidungen vom 11. 12. 31 [15] und vom 6. 3. 34. [16] Letzteres Urteil stellt ausdrücklich fest, daß gerade bei Begründung von Vertragsverhältnissen eine förmliche Rechtspflicht zur Offenlegung der Verhältnisse sehr wohl angenommen werden könne und daß eine solche Rechtspflicht sich auch aus den Grundsätzen von Treu und Glauben ergeben könne; die Annahme einer solchen Rechtspflicht durch den erstinstanzlichen Richter müsse angesichts des besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen den Beteiligten gebilligt werden. In dem der Entscheidung JW. 36 S. 1296 zu Grunde liegenden Sachverhalt, in welchem eine Bankfirma die von Kunden genannten Aktien nicht gekauft, also den Auftrag nicht ausgeführt, vielmehr Abrechnung erteilt und anscheinend entsprechende Aktien auf Stück-Konto gutgeschrieben hatte, führen die Entscheidungsgründe aus, daß Bankgeschäfte in besonderem Maße Vertrauensgeschäfte seien, weil der Kunde im Bankgeschäft mehr als im sonstigen geschäftlichen Leben von seinem Vertragspartner abhängig sei. Gesunde Volksanschauung, gute Geschäftssitte, Treu und Glauben würden unter derartigen Umständen der Bank eine Pflicht auferlegen, den Kunden über Gefahren im Einzelfalle aufzuklären oder das Geschäft in einer Weise auszuführen, die einen Schaden für die Kunden nach Möglichkeit ausschließe. In RGSt. Bd. 70 S. 226 erklärt das RG. in einem Falle, in welchem dem Angeklagten eine Brandentschädigungssumme bewilligt und bezahlt wurde auf Grund einer Einzelaufstellung der verlorengegangenen Gegenstände, worunter sich u. a. auch eine Uhr und ein Trauring befand, die später nach Auszahlung vom

[14] a. a. O. S. 381.
[15] RGSt. Bd. 66 S. 56.
[16] JW. 34 S. 1418.

Angeklagten gefunden, aber nicht angemeldet wurden, daß der Angeklagte eine Rechtspflicht verletzt habe. Es könne dahingestellt bleiben, ob eine solche sich schon unmittelbar aus den Feuerversicherungsbedingungen herleiten lasse; der Angeklagte habe einen Irrtum, wenn auch gutgläubig, hervorgerufen. Zudem habe das Vertrauensverhältnis, auf das Versicherer und Versicherungsnehmer in besonderem Maße angewiesen seien, hinsichtlich des Schadensfalles noch fortgewirkt. Bei dieser Sachlage würden Treu und Glauben gebieten, daß der Angeklagte die Feuersocietät von der nachträglichen Auffindung der schon vergüteten Gegenstände in Kenntnis gesetzt hätte. Auch der Entscheidung JW. 1936 S. 3001 liegt der Gedanke des Vertrauensverhältnisses zu Grunde. Hier hatte der Angeklagte bei den in Frage kommenden Kreisen ein durch sein bisheriges Verhalten erworbenes Ansehen genossen, das dazu führte, daß sie ihm Vertrauen entgegenbrachten und ihm Schlachtvieh in der Annahme seiner weiteren Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit überließen. Es bestand daher ein Vertrauensverhältnis, das der Angeklagte nicht einseitig für seine Zwecke ausnützen durfte. Auch in der Entscheidung des Reichsgerichts, mitgeteilt von Reichsgerichtsrat Hartung in „Polizei" 1935 S. 100, wird festgestellt, daß der Vorderrichter hätte nachprüfen müssen, ob nicht nach den besonderen Umständen auf Grund des zwischen der Gauamtsleitung und den Angeklagten geschlossenen Vertrages nach Treu und Glauben eine Rechtspflicht begründet war. Von den Entscheidungen anderer Gerichte sind vor allem die Urteile des OLG. Düsseldorf vom 24. 3. 32 und des Landgerichts Breslau vom 17. 10. 33 [17] zu erwähnen. Die Entscheidungsgründe des erstgenannten Urteils sind von weittragender Bedeutung, wenn sie ausführen: „Treu und Glauben erfordern nach den Anschauungen des redlichen Handelsverkehrs, daß der Kaufmann, der in der Zeit zwischen der Bestellung und dem Wareneingang plötzlich notleidend geworden ist und sich über die Zahlungsunfähigkeit seiner Firma im Klaren ist, seinen Vertragsgegner auf die veränderte Sachlage aufmerksam macht und die Annahme der ihm zugesandten Waren verweigert."

Nur in ganz wenigen Entscheidungen hat das RG. eine Rechtspflicht aus Treu und Glauben im Verkehr ohne das Vorliegen eines besonderen Vertrauensverhältnisses hergeleitet. Es ist dies die Entscheidung vom 8. 11. 29 [18], in der allerdings eine Verurteilung wegen Verschweigens einer nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zu offenbarenden Tatsache nicht erfolgt sein

[17] Siehe Culemann a. a. O. S. 32.
[18] Vgl. Wachinger a. a. O. S. 388.

dürfte, vielmehr in der Erwirkung der Vollmacht unter Verschweigen der Absicht, sie abredewidrig auszunutzen, ein durch schlüssiges Verhalten bewirktes, aktives Vorspiegeln erblickt wurde. Entscheidend in diesem Zusammenhang ist jedoch, daß die Gründe ausdrücklich feststellen, daß es keinem Zweifel unterliegen könne, daß der Angeklagte nicht nur moralisch, sondern nach Treu und Glauben auch rechtlich verpflichtet gewesen wäre, die schon bei Erwirkung der Vollmacht vorhandene Absicht ihrer satzungswidrigen, eigennützigen Verwertung zu offenbaren. In der Entscheidung vom 15. II. 1936 (Bd. 70 S. 151) faßt das RG. die bis zu diesem Zeitpunkt ergangene Rechtsprechung dahin zusammen, daß eine Rechtspflicht früher dann erkannt worden sei, wenn sie sich nach dem Grundsatz von Treu und Glauben aus einem vorhergehenden oder gleichzeitigen Tun oder aus einem besonderen Vertrauensverhältnis ergab, und erklärt dann das Bestehen einer Rechtspflicht zur Offenbarung, wenn Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte nach der Auffassung des redlichen Verkehrs, der Anschauung aller gerecht und billig Denkenden über das, was sittlich erlaubt und erträglich ist, die Offenbarung einer bestimmten Tatsache fordern. Im Urteil vom 20. 2. 34 (JW. 34 S. 1052) wird erklärt, daß der Schuldner einer Kaufpreisforderung nach Treu und Glauben verpflichtet sei, den Bedenken äußernden Gläubigern seine ungünstige Vermögenslage zu offenbaren, um ihnen die Möglichkeit zu geben, für die Sicherung ihrer Forderungen zu sorgen.[19]

Zusammenfassend können wir feststellen, daß das RG. seinen früheren, grundsätzlich ablehnenden Standpunkt, eine Rechtspflicht zur Offenbarung von Umständen auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abzuleiten, aufgegeben hat. Die Entscheidungen lassen aber nicht verkennen, daß das Reichsgericht einer grundsätzlichen Anwendung nur in den ausgesuchtesten Fällen zustimmt und eigentlich nur geneigt ist, in den von besonderem Vertrauen getragenen Vertragsverhältnissen eine förmliche Rechtspflicht aus den allgemeinen Grundsätzen von Treu und Glauben herzuleiten. Inwieweit eine derartige Einschränkung berechtigt ist, soll später untersucht werden.

3. Wie schon betont, setzt sich im neueren Schrifttum immer mehr die Ansicht durch, die die Anwendung der Grundsätze über Treu und Glauben fordert.

Es ist dies vor allem Gerland, der in JW. 1933 S. 433 die Unhaltbarkeit der Ansicht des RG. nachweist, wonach eine Rechtspflicht zu Offenbarung der Kreditunwürdigkeit der Wechsel-

[19] Vgl. auch die in anderem Zusammenhang erwähnte Entscheidung des hanseat. OLG. in HRR. 1936 Nr. 1022.

akzeptanten nicht bestehe, obwohl der Angeklagte aufs genaueste wußte, daß sie nicht vorhanden war. Gerland leitet die Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Angeklagten aus dessen Schadensersatzpflicht nach § 826 BGB. ab, die sich daraus ergebe, daß sich ein Verkäufer, der unter genauester Kenntnis der Sachlage völlig wertlose Akzepte verkaufe, schadensersatzpflichtig mache. Aus dieser Rechtswidrigkeit ergebe sich aber die Verpflichtung des Verkäufers zur Offenbarung der völligen Wertlosigkeit der Akzepte. Für das Strafrecht sei deshalb festzustellen, daß der Verkäufer eine Rechtspflicht zur Offenbarung der einschlägigen Verhältnisse nach Treu und Glauben und guten Sitten im Verkehr habe. Der Begründung ist jedoch in dieser Form nicht zuzustimmen. Es ist nicht angängig, aus dem Umstand der Schadensersatzpflicht bei Zuwiderhandlungen gegen die guten Sitten auf eine verbotene und deshalb rechtswidrige Handlung zu schließen. Mit Recht wird von Küssner[20] darauf hingewiesen, daß der Schadensersatz nur ausgleichend wirken solle.[21] Auch der Umstand, daß im Gesetz manchmal eine Schadensersatzpflicht ausgesprochen wird, ohne daß die Handlung dabei als rechtswidrig anzusehen ist, spricht gegen die Auffassung.[22]

Bereits in älteren Abhandlungen[23] wurde jedoch eine Rechtspflicht zur Offenbarung aus § 826 BGB. abgeleitet. Zuzustimmen ist der von Küssner gegebenen Begründung durch die Heranziehung der Bestimmung des § 138 BGB. Hier werde ein gegen die guten Sitten verstoßendes Rechtsgeschäft nicht nur mit Rücksicht auf den Verkehr für nichtig erklärt, sondern weil das Rechtsgeschäft dem Grundgedanken des Rechts zuwiderlaufe. Grundgedanke des Rechts sei aber, nach Stammler, der Gemeinschaftsgedanke. Daher sei ein Verstoß gegen § 138 BGB. unbedenklich als rechtswidrig zu erklären. Was aber hier gelte, müsse auch im Fall des § 826 gelten, denn man würde sonst zu dem widersinnigen Ergebnis kommen, daß sittenwidrige Handlungen einmal rechtswidrig sind und das anderemal nicht. Die von den Gegnern gegen die Heranziehung angeführten Einwendungen können nicht ausschlaggebend sein. Vor allem ist dem Trägerschen Standpunkt[24] nicht beizustimmen, wonach nur die durch

---

[20] a. a. O. S. 55.

[21] Gegen diese Auffassung der Schadensersatzpflicht wendet sich vor allem Lange a. a. O. S. 64, der diese Ausbildung des Schadensersatzes wegen seiner liberalistischen Tendenz ablehnt. Inwieweit dies von Richtigkeit ist, soll hier nicht untersucht werden, für das geltende Recht ist obiger Ansicht beizustimmen.

[22] Man denke an die Fälle des § 904 BGB.

[23] Vgl. Liszt, Deliktsobl. S. 72 ff.; Stammler a. a. O. S. 487; Küssner S. 55; Hoffmann S. 53.

[24] Träger: Das Problem S. 124.

die guten Sitten gebotene Pflicht, von einer Handlung abzustehen, nicht aber ein den guten Sitten entsprechendes Gebot, Beistand zu leisten, zur Rechtspflicht erhoben werde. Es mag früher einmal eine derartige Einschränkung angebracht gewesen sein, jedenfalls ist sie heute nicht mehr aufrecht zu erhalten. Mit dem Sieg der Volksgemeinschaft über die Summe von unverbundenen Einzelnen und der dadurch bewirkten Eingliederung der Volksgenossen in die Gemeinschaft ist eine Vertiefung der Pflichten des einzelnen Volksgenossen gegen den anderen sowie gegen die Gemeinschaft eingetreten. Wenn heute die Grundsätze von Treu und Glauben und guten Sitten nicht bloß als Ventile der Gerechtigkeit gegen das Gesetz angesprochen werden, vielmehr als das erkannt werden, was sie sind, nämlich Grundgesetze des Rechts, die die Einzelbestimmungen nur auswerten, also Geltung über das bürgerliche Recht hinaus für das gesamte Rechtsleben beanspruchen, so kann eine derartige Einschränkung nicht mehr gemacht werden. „Treu und Glauben und gute Sitten dienen der unmittelbaren Verwirklichung der Rechtsidee, der Verwirklichung der Gerechtigkeit, die Grundlage für die Gestaltung nicht nur der Beziehung der Volksgenossen untereinander, sondern auch des Verhältnisses zwischen dem Einzelnen und der Gemeinschaft ist." [25]

Die von einigen Schriftstellern [26] gegen die Heranziehung des § 826 BGB. angeführte Begründung, daß es nämlich dieser Bestimmung an dem Erfordernis der Bestimmtheit fehle, ist nicht entscheidend, wie noch später auszuführen sein wird. Wenn die Strafrechtskommissionen [27] sich nicht dazu hatte entschließen können entsprechend den Anregungen der Preuß. Denkschrift eine den § 826 BGB. entsprechende strafrechtliche Bestimmung zu schaffen, so mag dafür teilweise die Gefahr der Rechtsunsicherheit maßgebend gewesen sein. Ausschlaggebend war aber sicherlich, daß man mit einer derartigen Fassung dem Wesen des Betruges als einem „Motivationsdelikt" nicht gerecht werden konnte. Im übrigen besteht wohl ein Unterschied darin, ob wir sagen, es bestehe eine Rechtspflicht zur Offenbarung von Tatsachen nach den guten Sitten, oder ob wir so weit gehen und jede gegen die guten Sitten verstoßende fremde Vermögensschädigung als Betrug würdigen.

Das Reichsgericht hat neuerdings bezüglich der Frage, ob aus den guten Sitten eine Rechtspflicht hergeleitet werden kann seine frühere starre, völlig ablehnende Ansicht gelockert. Während es in früheren Entscheidungen ohne irgend welche Ein-

[25] Busch a. a. O. S. 14, vgl. auch Richard Schmidt, Einführung S. 2.
[26] Cleric a. a. O. S. 113; Nolting a. a. O. S. 71.
[27] Vgl. Dahm in Gürtner, Denkschr. Bd. 2 S. 458.

schränkung erklärt hat, eine sittliche Pflicht genüge nicht, hat es in Bd. 70 S. 151 ausdrücklich festgestellt, daß eine sittliche Pflicht nicht o h n e w e i t e r e s genüge. Diese Lockerung kann nur bedeuten, daß auch eine sittliche Pflicht ausreichend sein kann, wenn besondere Umstände vorliegen. Diese Auslegung wird bestärkt durch den Umstand, daß gerade in dieser Entscheidung das Reichsgericht die Offenbarungspflicht aus den Grundsätzen über Treu und Glauben ohne jegliche Einschränkung anerkannt hat und, wie noch zu zeigen sein wird, ein grundsätzlicher Unterschied zwischen diesen beiden Wertbegriffen nicht besteht. Man wird deshalb annehmen können, daß auch aus den guten Sitten, also aus der gesunden Volksanschauung, aus dem Sittlichkeitsgefühl aller billig und gerecht denkenden Volksgenossen eine Offenbarungspflicht herzuleiten ist .Wie schon betont, hat das RG. in JW. 1936 S. 1296 abgestellt auf gesunde Volksanschauung, gute Geschäftssitten, Treu und Glauben, die unter den gegebenen Umständen, eine Rechtspflicht zur Aufklärung des Kunden auferlegen sollen.

In einer den Betrug nicht betreffenden Entscheidung führt das RG aus [28], daß die sittliche Pflicht zur Rechtspflicht werden könne, für Menschen, die der Außenwelt in so enger Lebensgemeinschaft verbunden gegenüberstehen, wie es in der Familie oder der häuslichen Lebensgemeinschaft der Fall zu sein pflegt Ob eine allgemein anerkannte Pflicht zu dem weiteren Kreis der sittlichen Wertung oder dem hierin eingeschlossenen engeren Gebiet der rechtlichen Anforderungen gehört, beantwortet sich nicht darnach, welche Einzelvorschriften das Gesetz hierüber getroffen hat, sondern vornehmlich darnach, auf welche aus dem Willen der Gemeinschaft heraus entwickelten Vorstellung vom Recht seine Vorschriften aufgebaut sind. Wenn auch das RG. glaubt, an der Rechtspflicht festhalten zu müssen, so hat es diesen Begriff doch so gewandelt, daß die Betonung der rechtlichen Seite der Pflicht nur noch juristische Begründung für eine sittlich erfolgende Wertausfüllung ist. Das Urteil des LAG. Leipzig vom 2. 7. 36 (D. Recht 1936 S. 467) bietet ein gutes Beispiel für unsere Auffassung, daß auch aus einer sittlichen Pflicht, die die Gemeinschaft ihren Mitgliedern auferlegt, eine Handlungspflicht herzuleiten ist.

Außer Gerland ist es dann noch von Hippel [29], Mezger [30], vor allem aber Wachinger [31], Busch [32], Borst [33], Hartung [34], Schmid [35]

[28] RGSt. Bd. 69 S. 323.
[29] Lehrb. S. 257 Nr. 4.
[30] JW. 1934 S. 1418.
[31] Ger.Saal 102 S. 382 ff.
[32] a. a. O. S. 14.
[33] JW. 1935 S. 1221.
[34] DRZ. 1935 S. 330.
[35] a. a. O. S. 34/36.

und Culemann[36], die sich für eine Rechtspflicht aus den Grundsätzen über Treu und Glauben ausgesprochen haben.

§ 8.

Die unberechtigte Einschränkung der Grundsätze über Treu und Glauben auf Vertrauensverhältnisse.

Da, wie schon angedeutet, die Rechtsprechung des höchsten Gerichtshofs dazu neigt, nur unter bestimmten Voraussetzungen, nämlich beim Vorliegen eines besonderen Vertrauensverhältnisses, eine Rechtspflicht zur Offenbarung aus den Grundsätzen von Treu und Glauben herzuleiten, ist zunächst die Frage zu untersuchen, ob eine solche Einschränkung zulässig ist.

In der Erkenntnis der Unmöglichkeit, alle Erscheinungen des Lebens im voraus zu regeln, vor allem aber um der Fortentwicklung der Menschheit in kultureller Hinsicht, dem ständigen Vorwärtsschreiten von Technik und Verkehr zu dienen, hat der Gesetzgeber neben den Bestimmungen der §§ 138, 226, 826 BGB. den allgemeinen Rechtssatz in das Gesetz aufgenommen, nämlich die Verpflichtung zur Wahrung von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte, durch den alle Einzelfälle, die der Gesetzgeber nicht regeln konnte, erfaßt und gedeckt werden sollen. Dieser Rechtssatz hat seine gesetzliche Normierung in den §§ 157 und 242 BGB. gefunden. Darnach sind einmal Verträge so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, zum andern ist die Leistung so zu erbringen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordert. Die Eingliederung dieser Verpflichtung zur Wahrung von Treu und Glauben einmal in den Allgemeinen Teil des BGB., und zwar in die Bestimmungen über den Vertrag, wodurch er seine grundsätzliche Anwendung auf die Auslegung eines Vertrages findet, zum andern in das Recht der Schuldverhältnisse, wodurch er allerdings zunächst lediglich für die Frage der Bewirkung einer Leistung aus einem Schuldverhältnis maßgebend ist, läßt die Bedeutung, die diesem Grundsatz vom Gesetzgeber gegeben wurde, erkennen. Die Rechtsprechung auf dem Gebiete des Zivilrechts hat darüber hinaus Treu und Glauben eine noch viel umfassendere Bedeutung beigemessen, indem es diese Grundsätze von Treu und Glauben als das BGB. schlechthin beherrschend und auf allen Rechtsgebieten — auch auf dem des öffentlichen Rechts[1] — für maßgebend bezeichnet.[2]

---

[36] a. a. O. S. 31.

[1] Vgl. JW. 1930 S. 1188.

[2] Vgl. RGZ. Bd. 85 S. 108, Bd. 107 S. 357.

Der Vorstand des Richtervereins hat diese Auffassung in seiner Eingabe an die Reichsregierung vom 8. 1. 1924 dahin zusammengefaßt, daß der Grundsatz von Treu und Glauben unser Rechtsleben beherrsche und außerhalb des einzelnen Gesetzes, außerhalb einer einzelnen positiv-rechtlichen Bestimmung stehe. Keine Rechtsordnung, die diesen Ehrennamen verdiene, könne ohne jenen Grundsatz bestehen. Der Gesetzgeber dürfe daher ein Ereignis, das Treu und Glauben gebieterisch fordern, nicht durch sein Machtwort vereiteln.[3]

So wurde zunächst dieser Grundsatz als Leitsatz unseres gesamten Privatrechts klargestellt. Darüber hinaus muß, wie noch zu zeigen sein wird, in einem Staate, in dem das Zusammenleben seiner Volksgenossen untereinander und in ihrer Stellung zum Staate selbst vom Grundgedanken „Gemeinnutz vor Eigennutz" beherrscht wird, ein derartiger Grundsatz auf allen Rechtsgebieten seine Geltung haben.[4] Durch die Tatsache, daß „das System des BGB. durchdrungen wird von dem Grundsatz von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte und von dem Grundsatz der Zurückweisung jeglicher Arglist in weitestem Sinne"[5], daß fernerhin dieses allgemeine Prinzip alle Einzelbestimmungen beherrscht und gerade in ihnen lebendige Wirkung üben muß zur Klärung, Erweiterung, Ergänzung oder Beschränkung des vereinzelten Wortlautes, stellt der Grundsatz von Treu und Glauben als allgemeines Rechtsprinzip einen den Gesetzesbestimmungen stets innewohnenden Kern dar. Damit dürfte die von einer individualistischen Betrachtung aus erfolgten Auslegung des Begriffes Treu und Glauben ihre Widerlegung gefunden haben. Denn Letztere ging davon aus, daß die Erfüllung und Auslegung von Rechtsgeschäften nicht der Allgemeinheit diene, vielmehr nur den Privatbelangen und die Grundsätze von Treu und Glauben deshalb nur auf die Einzelbelange der Parteien anzuwenden seien. Sie ständen im Gegensatz zum arglistigen Verhalten. Deshalb könnten durch Treu und Glauben nicht die Grundlagen unserer Rechtsordnung geändert werden, da Treu und Glauben nicht identisch sei mit Billigkeit und die Bestimmungen der §§ 157, 242 BGB. kein Billigkeitsrecht schaffen würden.[6]

---

[3] DRZ. 1924 Sp. 7/8.

[4] Wachinger a. a. O.; Culemann S. 33; Busch S. 14; Cleric S. 5; Mattil a. a. O. S. 1.

[5] RGZ. Bd. 85 S. 108.

[6] In diesem Sinne vor allem Elster a. a. O. Bd. 6 S. 55 und Hoffmann S. 48/49; vgl. dazu Hubernagel a. a. O. S. 972 und Fr. Schmid S. 34: „Der Grundsatz von Treu und Glauben ist objektiv rechtlicher Hilfsbegriff. Aus ihm können überall da, wo der Gesetzgeber ihn berücksichtigt wissen will, die gleichen Pflichten erwachsen, wie aus dem Gesetz".

Ist es der Fall, daß Treu und Glauben Elemente unserer Rechtsordnung und nicht bloß Eigentümlichkeiten des bürgerlichen Rechtsverkehrs sind, dann begründet eben dieser Grundsatz eine allgemeine Rechtspflicht. Wenn Mezger [7] ausführt, daß die allgemeine Berufung auf Treu und Glauben nicht schon eine bestehende Rechtspflicht erweise, so kann ihm insoweit nicht zugestimmt werden. Der Grundsatz von Treu und Glauben begründet eine allgemeine Rechtspflicht, deren Inhalt allerdings im Einzelfalle nur im Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis bestimmt werden kann. Es muß eine Prüfung im Einzelfalle angestellt werden, ob sich aus dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnis nach den Grundsätzen von Treu und Glauben eine Rechtspflicht zur Offenbarung bestimmter in Frage stehender Tatsachen ergibt.

Nach diesen Ausführungen kann es aber keinem Zweifel unterliegen, daß die Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben als Rechtpflichtquelle nicht auf die von gegenseitigem Vertrauen getragenen und durch solches Vertrauen bedingte Vertragsverhältnisse beschränkt werden darf. Das hanseat. OLG. vertritt in seiner Entscheidung vom 15. 6. 34 (HRR. 1936 Nr. 1022) ebenfalls diesen Standpunkt, wenn es ausführt, daß sich der Senat den Erwägungen des RG., wonach eine Rechtspflicht dort angenommen werden müsse, wo die Grundsätze über Treu und Glauben mit Rücksicht auf ein zwischen den Parteien bestehendes besonderes Vertrauensverhältnis eine Aufklärungspflicht begründen, anschließe, darüber hinaus aber der Meinung sei, daß das Rechtsempfinden der heutigen Zeit in noch weiterem Umfange als bisher die Anwendung dieser Grundsätze verlange und daß daher eine weitgehende Heranziehung von Treu und Glauben zwecks Begründung jener Rechtspflicht zur Offenbarung im Rahmen des Betrugstatbestandes zu erfahren habe. Demgemäß sei bei der Begründung von Vertragsverhältnissen für die Bewertung des Verschweigens nicht mehr entscheidend, ob die Art der Rechtsbeziehungen ein besonderes Vertrauensverhältnis geschaffen habe.

§ 9.

Die Bedeutung der Grundsätze über Treu und Glauben beim bürgerlich-rechtlichen Betrug und die Folgerung bei Bejahung der Einheit der Rechtsordnung.

Nach diesen grundsätzlichen Feststellungen soll in folgendem der Nachweis der Richtigkeit unserer Auffassung durch einen Vergleich des bürgerlich-rechtlichen mit dem strafrechtlichen

[7] JW. 1934 Nr. 1418; vgl. Oellrich a. a. O. S. 73.

Betrug geführt werden. Das BGB. hat im § 123 die Grundlage für den bürgerlich-rechtlichen Betrug geschaffen. Danach kann derjenige, der durch arglistige Täuschung zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt worden ist, seine Erklärung anfechten. Es ist daran festzuhalten, daß grundsätzlich zwischen dem bürgerlichrechtlichen und strafrechtlichen Betrug Unterschiede bestehen, wenn diese auch nicht mehr so tiefgehende sind, wie dies früher behauptet wurde. Die Absicht der Vermögensbereicherung ist für den strafrechtlichen Betrug notwendige Voraussetzung, für die arglistige Täuschung ist dies nicht unbedingt erforderlich [1], ebensowenig wie der zivilrechtliche Betrug zur Vollendung einen eingetretenen Vermögensschaden verlangt. [2] [3] Nach der Ausgestaltung des gegenwärtigen Betrugsbegriffes bezieht sich letzterer nur auf Tatsachen der Gegenwart und der Vergangenheit, während die arglistige Täuschung, somit der bürgerlichrechtliche Betrug sich auch auf Rechtsverhältnisse und zukünftige Vorgänge erstrecken kann. Kohler [4] sieht einen weiteren Unterschied darin, daß beim bürgerlichen Recht für die Täuschung schon die Benützung eines vorhandenen fremden Irrtums genüge, während zum strafrechtlichen Betrug noch etwas weiteres hinzukommen müsse, nämlich eine Unterhaltung, Unterstützung oder Bekräftigung des Irrtums.

Soweit gehen der bürgerlichrechtliche und der strafrechtliche Betrug auseinander. Beide decken sich aber nach unserer Auffassung insoweit, als es sich um die Täuschungsmittel handelt. Die arglistige Täuschung des § 123 BGB. kennt jedenfalls wie der strafrechtliche Betrug dieselben Täuschungsmittel, nämlich Vorspiegelung, Entstellung und Unterdrückung. Die Täuschungsmittel Vorspiegeln und Entstellen bieten keine weiteren Schwierigkeiten und decken sich mit den strafrechtlichen Begriffen. Der Begriff der Arglist setzt nun nach herrschender Ansicht voraus, daß die Täuschung, mithin die auf Hervorrufung oder Benützung der irrigen Vorstellung des Gegners gerichteten Handlung als Mittel benutzt ist, auf den Beschluß des Erklärenden zu dessen Nachteil bestimmend einzuwirken. [5] Wenn weder Vorspiegelung noch Entstellung von Tatsachen gegeben ist, vielmehr

---

[1] RGZ. Bd. 84 S. 131, Bd. 111 S. 5.

[2] RGZ. im Recht 1919 Nr. 6; RGZ. Bd. 134 S. 55. Denn der eigentliche Zweck des § 123 BGB. ist nicht der Schutz des Vermögens, sondern der der Willensfreiheit.

[3] Auch die Motive I S. 208 erklären den strafrechtlichen Betrugsbegriff für nicht ohne weiteres maßgebend. Sie stellen vielmehr fest, daß sich jeder arglistige Verstoß gegen Treu und Glauben zum Nachteil eines anderen als Betrug darstellt.

[4] a. a. O. S. 25.

[5] RG.Komm. § 123 Nr. 2.

die Täuschung mittels Verschweigen geschieht, so darf auch hier nur dann eine Arglist angenommen werden, wenn eine Pflicht zum Nichtverschweigen bestanden hat. Nach herrschender Lehre besteht nun eine solche Pflicht nicht nur kraft Gesetzes oder Vertrages, vielmehr ist eine Offenbarungspflicht anzunehmen, wenn sie in der Rücksicht auf Treu und Glauben wurzelt, wenn also der andere Teil nach der Verkehrsanschauung die in Frage kommenden Tatsachen unter den gegebenen Umständen und nach den guten Sitten[6] erwarten durfte. Dabei ist sich jedoch Rechtsprechung und Rechtslehre einig, daß es eine allgemeine Offenbarungspflicht nicht gibt. Wenn auch hier bezüglich der Offenbarungspflicht des Verkäufers hinsichtlich der ihm bekannten Umstände, die für die Willensentschließung des Käufers von Bedeutung sein könnten, bezüglich der Offenbarungspflicht des Kreditnehmers noch manche Frage offensteht, so können wir jedenfalls das eine feststellen, daß sich im bürgerlichrechtlichen Betrug Rechtsprechung[7] und Rechtslehre zu dem Grundsatz der Offenbarungspflicht aus Treu und Glauben bekannt hat und daher die Rechtsprechung den Anforderungen, die an die Redlichkeit im geschäftlichen Verkehr gestellt werden, vielmehr gerecht werden konnte, als dies im strafrechtlichen Betrug der Fall war.

Wenn aber für das bürgerliche Recht auf Grund eines, das gesamte Rechtsleben beherrschenden Grundsatzes eine Rechtspflicht begründet ist, so kann in Anbetracht der grundlegenden Bedeutung des Letzteren für die anderen Rechtsgebiete nichts anderes gelten. Das Strafrecht ist ein Teil unseres Rechtes, das nach heutiger Auffassung in seiner Gesamtheit dem Schutze des deutschen Volkes, der völkischen Lebensordnung dienen muß. Am 30. Januar 1937 hat der Führer die Aufgaben des Rechts, der Rechtswissenschaft als auch der Rechtsprechung dahin zusammengefaßt, mitzuhelfen an der Erhaltung und Sicherung des Volkes vor jenen Elementen, die sich als asoziale entweder den gemeinsamen Verpflichtungen zu entziehen trachten oder sich an diesen gemeinsamen Interessen versündigen. Damit stehe über der Person und der Sache auch im deutschen Rechtsleben von jetzt ab das Volk.

Die Frage, was als Unrecht zu werten ist, als Unrecht erscheint, kann von dieser Warte aus gesehen für ein Rechtsgebiet nicht anders beantwortet werden als für ein anderes. Zimmerl[8] weist darauf hin, daß heute der Gesetzgeber in der Frage, was

---

[6] So Staudinger a. a. O. S. 618 im Gegensatz zu RGR.Komm. a. a. O. S. 172.

[7] Vgl. RGZ. Bd. 111 S. 234, Bd. 62 S. 149, Bd. 77 S. 314.

[8] a. a. O. S. 16/17.

Unrecht sein kann, nicht mehr frei entscheiden könne, wenn er sich nicht der Gefahr aussetzen will, einen inneren Widerspruch zwar nicht in das Strafrecht, wohl aber in das gesamte Rechtssystem hineinzutragen. Unter dem Einfluß der Aufklärung und des Liberalismus mußte eine unüberbrückbare Kluft zwischen dem privaten und öffentlichen Recht entstehen, weil beide Geistesströmungen die Eingriffsmöglichkeiten des Staates in den Freiheitskreis des Einzelnen genau abgrenzen und sichern wollte. Die Rechtsordnung mußte in ihre einzelnen Rechtsgebiete auseinanderfallen, die jeweils einem anderen Zwecke dienten. Müller-Erzbach [9] faßt diese Ansicht dahin zusammen, wie die Welt des Rechts keine einheitliche sei, so sei die Welt des Zivilisten eine andere als die des Kriminalisten. Das Unrecht wurde im Strafrecht unter dem Blickpunkt einer Verletzung staatlicher Hoheitsrechte betrachtet, während im Privatrecht als Unrecht der Eingriff in die geschützten Lebensbelange des Einzelnen galt.

Wir fordern heute nicht eine vollständige Ueberwindung der bisher gelehrten Trennung von öffentlichem und privatem Recht, wie dies z. B. Schmelzeisen [10] verlangt, vielmehr halten wir an dem Privatrecht fest, „weil es in einer vernünftigen, wahren und ordentlichen Rechtsgemeinschaft auf die Dauer einfach nicht fehlen kann“ [11] und fordern lediglich die Ueberwindung dieser scharfen Trennung vom Standpunkt einer einheitlichen Rechtsordnung aus. Wenn also in einem gewissen Grade diese Unterscheidung auch heute noch besteht, so wurde doch an Stelle der früheren, den Einzelmenschen in den Vordergrund stellenden Lebensbetrachtung eine neue Lebenswertung gesetzt. „Der Nationalsozialismus hat dem Pflicht- und Gemeinschaftsgedanken gegen den übersteigerten Individualismus und Materialismus zum Siege verholfen.“ [12] Der Einzelne ist heute nicht um seiner selbst willen da, er dient heute als Volksgenosse dem Wohl der Gesamtheit. Der Kampf Aller gegen Alle wird ersetzt durch ein sinnvolles Zusammenarbeiten der Volksgemeinschaft. Höchstes Ziel und Zweck unseres Rechts, somit auch des Privatrechts, ist immer die Erhaltung der völkischen Lebensordnung. Die Aufgaben des gesamten Rechts, der Volksgemeinschaft zu dienen, muß die Einigung der einzelnen Zweige der Rechtsordnung herbeiführen. Die Ausfüllung des Privatrechts mit diesem Gemeinschaftsgedanken läßt aber die Kluft zwischen öffentlichem und

---

[9] „Wohin führt . . .“ S. 73.

[10] a. a. O. S. 42.

[11] Schönfeld, „Das Rechtsbew. d. Langobarden“ S. 73, vgl. hierzu auch Stoll AKZ. 1934 S. 137.

[12] Lange a. a. O. S. 34.

privatem Recht nicht mehr zu. Genau wie der Staat heute ein ganzheitlicher ist[13], so muß heute eine Einheit im Rechtsleben bestehen. Der übertrieben scharfen, römisch- und gemeinrechtlichen und liberalen Tendenz der Trennung zwischen öffentlichem und privatem Recht stellt die nationalsozialistische Rechtsanschauung die innere Einheit allen Rechtes, „jenes kostbare Erbe germanischer Vorzeit" gegenüber und betont, daß alles Recht auf dem Pflicht- und Gemeinschaftsgedanken ruhe.[14] Daher muß auch bei der Frage der Einheit der Unrechtsannahme, wie sie bisher von der herrschenden Lehre geleugnet wurde[15], die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verhaltens anhand der die gesamte Rechtsordnung ausfüllenden Grundgedanken unter Würdigung aller einschlägigen Interessen und Ausgleichung aller, im Gesetz in Erscheinung tretender Ordnungs- und Wertgesichtspunkten erfolgen.[16] Ein grundsätzlicher Unterschied zwischen privatem und öffentlichem Recht ist dann aber nicht mehr möglich.

Es kann daher die Frage der Rechtswidrigkeit des Schweigens im Strafrecht nicht anders als im bürgerlichen Recht gelöst werden.[17] Der Grundsatz von Treu und Glauben beherrscht die ganze Rechtsordnung. Bildet er aber im bürgerlichen Recht eine Rechtspflichtquelle, so muß ihm auch im Strafrecht diese Bedeutung zukommen. Denn dafür, was gegen Treu und Glauben verstößt, ist die Verkehrsauffassung maßgebend und diese kann nach dem oben Ausgeführten unmöglich auf strafrechtlichem Gebiete eine andere sein als im bürgerlichen Recht.[18] Mevert führt in seinem Geleitwort zu der Abhandlung Culemanns aus: „Wenn das ganze Handelsrecht die Pflicht zur moralischen Handlungsweise als Richtschnur für jedes kaufmännische Handeln erscheinen läßt, so wird der mit juristischer Doktrin Unbelastete nicht verstehen, daß dieser Grundsatz im Strafrecht nicht die gleiche sakrosankte Bedeutung genießen soll". Nach all dem Gesagten kann es keinem Zweifel unterliegen, daß aus den Grundsätzen von Treu und Glauben auch im Strafrecht Aufklärungs- und Offenbarungspflichten herzuleiten sind.

[13] vgl. Forsthoff: Der totale Staat.

[14] Schlegelberger a. a. O.; Stoll, AKZ. 1934 S. 137.

[15] Vgl. vor allem Lobe in Frank Festgabe Bd. 1 S. 33.

[16] So vor allem Engisch a. a. O. S. 58.

[17] So wohl auch Liszt-Schmidt a. a. O. S. 255, Anm. 6 „Es gibt keine rein strafrechtliche Begriffe, das Strafrecht als Schutzrecht entlehnt seine Begriffe den übrigen Rechtsgebieten.

[18] Vgl. Cleric a. a. O. S. 5.

§ 10.

Die wertbedingte Ausfüllung der Grundsätze von Treu und Glauben.

Was ist nun Inhalt dieses Grundsatzes von Treu und Glauben? Wir haben bereits erwähnt, daß es mit dem Wesen dieses Begriffes nicht vereinbar ist, eine feste Begriffsbestimmung zu geben, vielmehr gerade die umfassende Bedeutung darin liegt, daß er nicht einen eng umrissenen, ein für allemal im voraus bestimmten Inhalt hat, vielmehr in ihm die Verpflichtung zum geschäftlichen Anstand allgemein zum Ausdruck kommt. Die Anforderungen, die an den Einzelnen zu stellen sind, ergeben sich aus den sittlichen und moralischen Anschauungen, die in der Volksgemeinschaft hinsichtlich des Verhaltens im Rechtsverkehr herrschen.[1] Sittliche und moralische Anschauungen sind aber stets von den, durch die jeweilige Weltanschauung bedingten und von den durch sie anerkannten Werten abhängig.

Im Zeitabschnitt des Liberalismus und Individualismus stand der Einzelne im Mittelpunkt. Die wirtschaftliche Freiheit des Einzelnen in jeglicher Richtung wurde gewährleistet. Im Kampf Aller gegen Alle, im schrankenlosen Wettbewerb Aller mit Allen, soll der Einzelne seine Kräfte voll und ganz zum Einsatz bringen können. Einer Anschauungswelt, die die Betätigungsfreiheit des Einzelnen gegenüber der Gemeinschaftsverbundenheit in den Vordergrund stellte, die im freien Spiel der Kräfte den Quell allen Fortschritts erblickte, mußte das Recht nicht eine innere Bindung, sondern äußere Regelung sein. Bei einer derartigen, von der Einzelperson ausgehenden Lebensbetrachtung mußte aber der wirtschaftlich schwächere und weniger erfahrene Volksgenosse benachteiligt sein.

Aus dieser wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit ergaben sich auch die Pflichten des Einzelnen gegenüber demjenigen, mit dem er in vertragliche Beziehung treten wollte. Seine Pflicht ist es, die Kaufsache bei Abschluß des Kaufvertrages oder bei Lieferung auf die Vertragsmäßigkeit zu untersuchen oder sich das Vorhandensein einer bestimmten Eigenschaft zusichern zu lassen. Bei Darlehens- oder Kaufverträgen ist bezüglich der Kreditwürdigkeit immer wieder betont worden[2], daß der Kaufmann nicht die Rechtspflicht habe, ungefragt seinen Lieferanten über seine Vermögenslage und Kreditwürdigkeit aufzuklären. Ebenso wenig enthält eine jede größere Bestellung die Behauptung des

---

[1] Busch a. a. O. S. 14.

[2] Vgl. das Urteil des RG. vom 3. 12. 31, abgedr. bei Culemann a. a. O. S. 27.

Bestellers, er sei in Höhe des einzelnen, jeweiligen Kaufpreises zahlungsfähig. Ganz krass kommt diese Auffassung in dem Urteil vom 3. 2. 30 zum Ausdruck, wo das Reichsgericht ausführt, daß eine Verpflichtung bei Vertragsverhandlungen die Interessen des Vertragsgegners wahrzunehmen, ihn auf mutmaßliche, für ihn bestehende Bedenken hinzuweisen, im allgemeinen nicht bestehe. Vielmehr bleibe es jedem Beteiligten überlassen, die eigenen Augen aufzumachen und sich über alle Umstände, die für seine Willensentschließung von Bedeutung sind, zu erkundigen. Man ging sogar so weit zu sagen, daß im geschäftlichen Verkehr jeder auf die ordentliche Führung der Geschäfte selbst zu achten habe und daher ein gewisses Maß von Unlauterkeit als erlaubt gelte. Das Sprichwort: „Wer die Augen nicht auftut, tut den Beutel auf" fand volle Bedeutung und der Liberalismus hegte und pflegte diese harten Gesetze des Verkehrslebens. Wohin aber eine Anschauung, die in der Betätigungsfreiheit des Einzelnen das höchste Ziel erblickt, führt, hat uns die vergangene Zeit gezeigt. Von der Anschauungswelt dieses Zeitabschnittes mußte ein Verhalten in dem aufgezeigten Sinne nicht gegen Treu und Glauben verstoßen.

Die Stellung des einzelnen Volksgenossen ist mit dem Sieg der nationalsozialistischen Weltanschauung eine ganz andere geworden. Das Volk als eine durch Blut und Boden miteinander verwachsene Gemeinschaft ist oberster Wert. Der Einzelne ist nicht mehr um seiner selbst willen da. Er hat als Glied dieser Gemeinschaft letzterer zu dienen. An die Stelle des Schutzes der Einzelbelange ist der Dienst an der Gemeinschaft, an die Stelle des schrankenlosen Wettbewerbes Aller mit Allen ein sinnvolles Zusammenarbeiten der einzelnen Volksgenossen getreten. Die gemeinschaftsgebundene und gemeinschaftsbedingte Betrachtung der Einzelperson führt auch für die Stellung der einzelnen Volksgenossen zueinander zu klaren Ergebnissen. Der Gemeinschaftsgedanke erfaßt ja nicht nur die Einzelpersönlichkeit in ihrem Verhältnis zur Gemeinschaft, sondern er verbindet die einzelnen Volksgenossen untereinander. Wo also einzelne Volksgenossen zueinander in Rechtsbeziehungen treten, da darf nicht eigennütziges Gegeneinander die Losung sein, die zu einem Auseinanderreißen und zu einer Kampfstellung führt, sondern jedes Rechtsverhältnis stellt eine Einheit dar. Aus Kampf wird Ausgleich, aus Nebeneinander ein Miteinander. „Zwischen beiden Partnern muß ein Vertrauensverhältnis bestehen, das sie dazu verpflichtet, Rücksicht auf den Vertragspartner zu nehmen und die eigennützigen Ziele und Bestrebungen hintanzustellen."[3]

[3] Stoll, Die Lehre . . . S. 10.

Der Sieg und die ganzheitliche Herrschaft des Gemeinschaftsgedankens kommt am deutlichsten in den Worten des Führers zum Ausdruck: „Du bist nichts, dein Volk ist alles" und gipfelt im Parteiprogramm-Punkt 24: Gemeinnutz vor Eigennutz.
Daraus ist ersichtlich, daß der Nationalsozialismus den Begriffen Treu und Glauben, gute Sitten eine andere Ausfüllung geben muß, als ein liberalistischer Zeitabschnitt. Das durch die nationalsozialistische Weltanschauung bestimmte Volksbewußtsein stellt andere Anforderungen an die Grundsätze von Treu und Glauben und gute Sitten und legt andere Maßstäbe an die Beurteilung menschlichen Verhaltens im Rechtsverkehr. Das soll nun aber nicht bedeuten, daß der Tüchtige seinen Lohn nicht erhalten, der Kluge seine Klugheit nicht ausnützen soll; im Gegenteil gerade heute gilt in besonderem Maße der Grundsatz: Freie Bahn dem Tüchtigen. Eine Weltanschauung, die den Führergedanken und die persönliche Leistung des Einzelnen in den Vordergrund stellt, wird die persönliche Entschlußfreudigkeit des Einzelnen immer anerkennen, ja sie wird sogar so weit gehen müssen, daß sie die Tatkräftigen zu Einzelleistungen anspornen und ihnen weitgehendste Entfaltungsmöglichkeit geben wird. Der Eigennutz und Ehrgeiz, die in jedem Menschen stecken, die von der Natur dem Menschen verliehenen Triebfedern, die jeder Einzelne mehr oder weniger in sich trägt, um sich im Daseinskampf zu behaupten und durchzusetzen, können aber nicht rücksichtslos durchgesetzt werden, sondern „werden im Dienst der Gemeinschaft Mittel zur sinnvollen Güterverteilung und zur Erreichung höherer Leistungen".[4] Die Schranke für den Klugen, Erfahrenen und Tüchtigen bildet eben wie für jeden andern Volksgenossen die Redlichkeit und Anständigkeit im Rechtsverkehr. Sie sollen ihre Fähigkeiten nicht dazu benützen, um den Schwächeren auszunützen und sich aus dem Vertrauen, das ihnen von Volksgenossen entgegengebracht wird, unberechtigte Vorteile zu schaffen.

Am deutlichsten kommt diese Anschauung in dem Urteil des Landgerichts Breslau vom 17. Okt. 1933 zum Ausdruck[5]: „Im nationalen Gemeinschaftsstaate, der als obersten Grundsatz den Satz „Gemeinnutz geht vor Eigennutz" lehrt, ist der Pflichtbegriff schärfer geworden. Eine gegen sich selbst rücksichtslose Offenbarung aller Umstände, auf die der Vertragsgegner Wert legen muß und eine Erörterung aller Umstände, die für den Gegner nur irgendwie von Bedeutung sein können, ist sittliche wie rechtliche Pflicht, der in der Volksgemeinschaft verbundenen

[4] Stoll a. a. O. S. 12.
[5] Vgl. Culemann S. 35.

Menschen, die sich zum Abschluß eines Rechtsgeschäftes gegenübertreten."

Von dieser Warte aus gesehen kann das Wirtschafts- und Privatrecht nicht mehr der Tummelplatz für die Austragung des schrankenlosen Wettbewerbs sein: der Gemeinschaftsgedanke verbindet die Parteien zu einer engen Rechtsgemeinschaft, die in einem besonderen Vertrauensverhältnis zueinander stehen, aus dem heraus jede Partei gebührende Rücksicht auf die andere zu nehmen hat.[6] Wie sich aber diese Wandlung in den einzelnen Vertragsverhältnissen auswirkt, soll am Schluß aufgezeigt werden.

Wie sehr gerade der Wertbegriff Treu und Glauben von der jeweils herrschenden Volksanschauung abhängig ist, zeigen deutlich die Ausführungen v. Cleric's. Er vertritt zunächst[7] den Standpunkt, daß gerade der Grundsatz von Treu und Glauben Offenbarungspflichten begründen kann. Er verlangt aber, daß bei der Frage der Rechtswidrigkeit des Schweigens einseitig moralische Tendenzen auf der Seite zu bleiben hätten. Die Pflicht sich zu äußern, müsse eine rechtliche sein und die Heranziehung des Treu- und Glaubensmoments dürfe nicht dazu führen, dem alten, längst überwundenen Rechte auf Wahrheit wieder die Herrschaft zu verleihen. Gegenüber dem moralischen Treu- und Glaubensbegriff fordere der rechtliche nur ein Mindestmaß loyalen Verhaltens.[8] Treu und Glauben allein ergeben nach v. Cleric noch nicht eine Pflicht zur Aeußerung in den Fällen, in denen Spekulationsmomente bei einer Partei hereinspielen und in den Fällen des ganz oder teilweisen mangelnden Erfüllungswillens. In all diesen Fällen komme es auf die besonderen Umstände an, daß nach Treu und Glauben eine Pflicht zur Aeußerung angenommen werden könne.[9] Damit kommt aber v. Cleric letzten Endes zu denselben Ergebnissen, wie sie das Reichsgericht auf diesen Gebieten bisher vertreten hat.[10]

§ 11.

Die Einheit von Recht, Sitte und Moral.

Wie der Wertbegriff Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte nach dem Geiste der nationalsozialistischen Weltanschauung auszufüllen ist, so ist für die Auslegung des Begriffs der guten Sitten, also des Anstandsgefühles aller gerecht und billig Denkenden, die in der nationalsozialistischen Weltanschau-

[6] Vgl. Stoll a. a. O. S. 27.
[7] a. a. O. S. 89.
[8] a. a. O. S. 126.
[9] a. a. O. S. 137.
[10] So vor allem Busch a. a. O. S. 15.

ung zum Ausdruck kommenden Werte maßgebend. Ein grundlegender Unterschied kann nicht mehr bestehen. Die Erziehung der bereits geschaffenen Volksgemeinschaft zur Gesinnungsgemeinschaft schafft klare Maße und einheitliche Wertungen. Nicht vielerlei Anschauungen können heute um die Ausfüllung der Wertbegriffe streiten. Die einheitliche, im Volksleben und damit im Rechtsleben herrschende nationalsozialistische Weltanschauung gibt diesen Wertbegriffen einen festen Inhalt und klare Gestalt. Ein Auseinanderfallen beider Begriffe dahin, daß der Grundsatz von Treu und Glauben dem positiven Recht als ihm eigener Bestandteil angehöre, während der Begriff gute Sitten, der nichts anderes bedeute, als die nach herrschender Anschauung allgemein anerkannte Sittenordnung, eigentlich der Ethik angehöre und deshalb außerhalb der Rechtsordnung stehe, ist heute nicht mehr möglich. Rechts- und Sittenordnung sind heute nicht mehr zwei verschiedene, getrennte Gebiete. Denn das Recht wird heute nicht mehr durch die Willkür eines herrschenden Gesetzgebers geschaffen, sondern von der mit dem Volksbewußtsein und mit dem gesamten, weltanschaulich einheitlich ausgerichteten Volke verbundene, durch sie erwählte und durch Vertrauenskundgebungen bestätigte Führung aus dieser Volksanschauung geschöpft und geformt. Dadurch steht es stets in naturgegebener, lebendiger Beziehung zur Sittenordnung und kann nie mit ihr in Widerspruch treten. So gesehen kann das Recht nicht mehr nur ein „ethisches Minimum" sein, wie dies Jellinek [1] betont, vielmehr ist damit die Annäherung von Recht und Sitte bereits vollzogen.

Es war eine überaus dankbare Aufgabe, die sich Laun in einer Zeit wirtschaftlichen und moralischen Tiefstandes gestellt hat, wenn er in der Rektoratsrede vom 10. 11. 24 für die Einheit von Recht und Sittlichkeit eingetreten ist und an Hand tiefgründiger Ausführungen, die sich dahin zusammenfassen lassen, daß das Recht nicht in papierenen Gesetzen und Verträgen ist, auch nicht im Zuchthaus und Höllenstrafen, daß vielmehr das Recht die Sittlichkeit, das Recht in den Herzen der Menschen ist, die Einheit von Recht und Sittlichkeit nachweist. [2] Er ist damit einer jahrhundertelang herrschenden Auffassung entgegengetreten, daß das Recht unüberprüfbar sei, welches dem einzelnen objektiv, unabhängig von seiner persönlichen subjektiven Meinung gegenübertritt, das Recht abgeleitet wird aus der Macht, woraus sich die grundsätzliche Verschiedenheit von Recht und Sittlichkeit ergibt. Er kämpft gegen den Positivismus im Recht und für

[1] a. a. O. S. 42.

[2] Laun a. a. O. S. 19.

die Ansicht, „daß es unmöglich ist, eine so ungeheure geistige Kraft wie das Gewissen und das Rechtsbewußtsein des Volkes dauernd auszuschalten." [3] In diesem Sinne sprach auch Schönfeld [4] davon, daß unsittliches oder moralisches Recht ein Widerspruch in sich selbst sei und auch Eugen Huber [5] fordert die Verbindung von Recht und Sittlichkeit. Fehr [6] sagt hierzu „in seinem Streben nach enger Verbindung von Recht und Sittlichkeit habe Huber die Stimme der Zukunft erlauscht, die wieder auf ein Zusammenmarschieren der beiden Großmächte hinarbeite." Erst vor wenigen Monaten hat der Führer in der geschichtlichen Reichstagssitzung vom 30. Januar 1937 gegen diesen Positivismus des Rechts Stellung genommen, wenn er ausführt, daß die Auffassung geherrscht habe, daß das Recht als solches seine eigene Existenzberechtigung in sich trage und daher überhaupt keinerlei Prüfung über die Nützlichkeit im einzelnen oder im gesamten zulasse, das Recht bestehe selbst, wenn die Welt darüber zu Grunde ginge. Der Führer hat demgegenüber festgestellt, daß nach nationalsozialistischer Weltanschauung im deutschen Rechtsleben das Volk über der Person und Sache steht.

Recht und Volkstum sind somit unauflöslich miteinander verbunden. Rechtsordnung, Rechtsempfinden und wissenschaftliches Rechtsdenken müssen „unter das Gesetz der völkisch-geschichtlichen Bedingtheit" [7] gestellt werden. „Das Recht ist heute nichts anderes als ein Stück unseres Volkstums. Im Recht offenbart sich der Zeitgeist und aus ihm will er sprechen." [8]

Im neueren rechtspolitischen Schrifttum ist es besonders Schaffstein [9], der die Einheit von rechtlicher und sittlicher Ordnung und das Bestreben der Wiederherstellung der durch das liberale Trennungsdenken verlorenen Gemeinsamkeit der Bewertung in den Vordergrund stellt, und Freisler [10], der den Blickpunkt auf das Volksganze richtet, der „seinen sichtbarsten Ausdruck in der Auffassung der Moral als des Nährbodens des Rechts findet". Moral sei für das Strafrecht nicht eine abstrakte, vom Volke losgelöste bestehende Sittenlehre, sondern die völkische Sittenlehre, die als Ordnung in einem gesunden Volke auch ohne gesetzliche Festlegung vorhanden sei und als Stimme des Blutes im Volksgewissen lebendig werde.

---

[3] a. a. O. S. 85.
[4] Die logische Struktur, S. 43.
[5] a. a. O. S. 34 und 61 f.
[6] Archiv f. ziv. Praxis Bd. 123 S. 241.
[7] Vgl. Klausing, JW. 1934 S. 935.
[8] Stoll, AKZ. 34 S. 137.
[9] ZStRW. Bd. 55 S. 31.
[10] ZStRW. Bd. 55 S. 510.

Wenn in dieser Richtung eine Einheitlichkeit noch nicht erzielt wurde, vielmehr im rechtspolitischen Schrifttum der Ineinsetzung von Recht, Sitte und Moral entgegengetreten wird [11], so mag dies daher kommen, daß die Vertreter letzterer Ansicht den Begriff der Sittlichkeit im Sinne einer Individualethik auffassen und damit zu dem Bild von den zwei Kreisen gelangen, die sich überschneiden, während für die Vertreter der ersteren Ansicht die Norm der Sittlichkeit nichts anderes ist, als die Bindung an die völkische Gemeinschaft. [12] Es mag auch gegen die Einheit von Recht, Sitte und Moral die Schwierigkeit in der Abgrenzung des Strafwürdigen vom Strafrechtswidrigen sprechen, da der Begriff „gesunde Volksanschauung" als zu unbestimmt abgelehnt wird. Der Führer hat uns am ersten Juristentag den Weg gewiesen, den wir gehen müssen. Er fordert mit einer „inneren Kraft, wie sie nicht überboten werden kann, die Einheit von Recht und Moral. Er brach damit endgültig mit der bisher als Dogma in der formaljuristischen Jurisprudenz geltenden Unterscheidung von Recht und Moral." [13]

§ 12.

Das neue Untreuestrafrecht und seine Bedeutung für unser Problem.

Seit der Novelle vom 26. 5. 1933 haben wir ein neues Untreuestrafrecht. Es muß hier insoweit erwähnt werden, als es von Bedeutung ist für die Frage der Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben beim Betrug durch Verschweigen. Denn bei dem zwischen dem Betrug und der Untreue bestehenden inneren Zusammenhang, der sich darin zeigt, „daß der Wesenskern der Untreue wie der des Betrugs in der vermögensschädigenden Täuschung fremden Vertrauens liegt", also beiden Tatbeständen das „Merkmal der Unzuverlässigkeit" [1] anhaftet, ist es von Bedeutung, wenn ein Tatbestand eine grundlegende gesetzliche Aenderung erfährt.

Auch beim Untreuetatbestand ging die einheitliche Meinung dahin, daß die bis zum Erlaß der Novelle geltende Fassung unzulänglich ist. Der Gesetzgeber hat daher die vom Reichsgericht schon früher vertretene Treubruchstheorie gesetzlich festgelegt. Was jedoch für uns in diesem Zusammenhang von Bedeutung ist, ist die Tatsache, daß durch die erfolgte Neufassung des Untreuetatbestandes der Grundsatz von Treu und Glauben im Verkehr

[11] Vgl. Mayer, Helm. a. a. O. S. 60.
[12] Vgl. Henkel, ZStRW. Bd. 55 S. 37.
[13] So die AV. des JM. vom 5. 10. 33 in DJ. 33 S. 464.
[1] Klee a. a. O. ZBl. 1926 S. 335.

und die Sicherung des gegenseitigen Vertrauens im Handel und Wandel seine klare Anerkennung gefunden hat. Denn Schäfer [2], der als Verfasser der neuen Vorschrift angesehen werden darf [3], und das Reichsgericht in Bd. 69 S. 58 haben klar und deutlich ausgesprochen, daß der Gesetzgeber durch die neue Untreuebestimmung hauptsächlich im Kampf gegen Schiebertum und Korruption den strafrechtlichen Schutz für Treu und Glauben, sowie die Sicherung des gegenseitigen Vertrauens im Handel und Wandel habe erweitern wollen, um damit die in unser Wirtschaftsleben eingerissenen, unerfreulichen Zustände überwinden zu helfen.

Bei dem inneren Zusammenhang, der zwischen den beiden Tatbeständen besteht, kann aber in der Frage des jeweiligen Zwecks und Ausrichtung des Tatbestandes kein Unterschied bestehen. Bei dem alten Untreuetatbestand hat man erkannt, daß er als Werk einer überwundenen Wirtschaftsauffassung im heutigen Wirtschaftsleben keine Anerkennung mehr finden kann. Man hat daher, damit Ehrlichkeit, Redlichkeit und Anstand in unserem Wirtschaftsleben wieder ihre volle Bedeutung und Geltung bekommen und vor allem, um das Wirtschaftsleben vor weiteren Erschütterungen zu bewahren, den strafrechtlichen Schutz für Treu und Glauben und die Sicherung des gegenseitigen Vertrauens im Handel und Wandel in den Vordergrund gestellt. Da sich die Betrugsfälle insoweit als es sich um Betrug durch Schweigen handelt, fast ausnahmslos im Wirtschaftsleben abspielen, muß der Zweckgedanke, wie er im neuen Untreuestrafrecht zum Ausdruck kommt, im gleichen Maße für den Betrugstatbestand maßgebend sein. Es geht nicht an, in Tatbeständen, die beide denselben Wesenskern in sich tragen und beide im Wirtschaftsleben am häufigsten vorkommen, bezüglich der Heranziehung und Verwertung der Grundsätze von Treu und Glauben Unterschiede zu machen. Wenn im Wirtschaftsleben wieder Ehrlichkeit, Redlichkeit und Anstand über Korruption, Schiebertum und Schwindeleien siegen sollen, dann sind wir auch im Betrugsstrafrecht in gleichem Maße wie beim Untreuetatbestand auf den strafrechtlichen Schutz der Grundsätze über Treu und Glauben und Sicherung des gegenseitigen Vertrauens im Handel und Wandel angewiesen.

Wenn auch bei der Neugestaltung des Untreuetatbestandes die Einsicht maßgebend gewesen sein mag, daß die bürgerlichrechtlichen Bestimmungen gegen untreue Geschäftsführung unzulänglich sind, während wir bei dem bürgerlichrechtlichen Betrug

---

[2] DJ. 1933 S. 795.
[3] Schwinge-Siebert a. a. O. S. 12 Anm. 6.

die Anwendung von Treu und Glauben längst haben, also beim Betrug das bürgerliche Recht genügenden Schutz geben konnte, so muß einem etwaigen, in dieser Richtung zu erwartenden Einwand entgegengehalten werden, daß der wirksamste Schutz und das beste Mittel bei der Wiederherstellung einer sauberen Wirtschaft ein hart anpackendes Strafrecht ist.

Auch ein weiteres ist in diesem Zusammenhang festzustellen, was bei der Gestaltung des Betrugsbegriffes ebenfalls in Frage steht und von Bedeutung ist, nämlich, daß sich der Begriff des Treueverhältnisses nicht eindeutig bestimmen läßt und der Umfang der auf einem tatsächlichen Treueverhältnis beruhenden Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, nach den rein tatsächlichen Umständen, wie sie gerade im Einzelfall vorliegen, bemessen läßt. Der Gesetzgeber hat der verschiedenartigen Gestaltung der Einzelfälle Rechnung getragen und hat bewußt dem vernünftigen Ermessen des Richters bei der Auslegung des Begriffs einen möglichst freien Spielraum lassen wollen.[4] Wenn aber diese Auffassung seinen gesetzlichen Niederschlag gefunden hat, so steht nichts im Wege dieselben Grundgedanken auch bei der Frage, ob Treu und Glauben Aeußerungspflichten begründen können, anzuwenden und auch hier auf die Gestaltung des Einzelfalles abzustellen.

§ 13.

Die Bedenken gegen die Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben und deren Widerlegung.

Die Bedenken, die im älteren Schrifttum gegen die Rechtspflicht zur Offenbarung aus den Grundsätzen von Treu und Glauben und guten Sitten gemacht worden sind[1], waren alle von dem Umstand getragen, daß durch die Anwendung in die Rechtsprechung wegen der im Wesen der Begriffe liegenden Unbestimmtheit ein weitgehender Subjektivismus hineingetragen wird. Nicht alle bei der Urteilsfindung mitwirkenden Personen könnten gleiche Anschauungen über Treu und Glauben und gute Sitten haben, was eine Erschütterung des für die Geltung der Rechtsordnung unentbehrlichen Rechtsbewußtseins, also eine stetige Rechtsunsicherheit, zur Folge haben würde. Diese Bedenken sind jedoch durchaus unbegründet. Die Abstellung auf den Einzelfall kann manchmal mißlich, für die Einheitlichkeit und Einheitlichkeit der Rechtsprechung zunächst ungünstig sein, das

[4] Vgl. RGSt. 69 S. 16; Frank. Nachtrag S. 36 und Schwinge JW. 35 S. 2054.

[1] Vgl. Cleric a. a. O. S. 113; Hoffmann S. 49.

darf aber nicht ausschlaggebend sein: denn im Vordergrund der Betrachtung hat die Frage der Gerechtigkeit zu stehen, bei der es auf das gesunde Volksempfinden ankommt.

Die Frage, wann ein Verhalten gegen Treu und Glauben verstößt und wann aus diesen Grundsätzen eine Rechtspflicht zur Offenbarung hergeleitet werden kann, wird sich nur in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis und den in ihm angelegten Interessenwiderstreit beantworten lassen. Die Rechtsbestimmtheit ist aber durch den Sieg der nationalsozialistischen Weltanschauung gewährleistet. Es mag früher in einer Zeit, die noch die verschiedenartigsten Schattierungen politischer und damit teils mehr oder weniger weltanschaulich gebundener Wertungen aufzuweisen hatte, Schwierigkeiten bereitet haben, eine Rechtspflicht aus den Grundsätzen von Treu und Glauben, guten Sitten herzuleiten, weil diese verschiedenartigen politischen Einstellungen eine einheitliche Rechtsprechung nicht zuließen. Mit dem Sieg der nationalsozialistischen Weltanschauung streiten sich jedoch nicht mehr die verschiedenartigsten Anschauungen um die Ausfüllung der Wertbegriffe Treu und Glauben und gute Sitten. Die einheitliche, im Volksleben und damit im Rechtsleben herrschende Weltanschauung gibt diesen Wertbegriffen klare Gestalt und festen Inhalt.

Gegen diese Ansicht könnte geltend gemacht werden, daß im rechtspolitischen Schrifttum heute noch viel gestritten wird über die Ausbildung des Allgemeinen und Besonderen Teiles, wobei sich beinahe jede Ansicht für die Richtigkeit ihrer Ausführungen auf das nationalsozialistische Ideengut beruft. Daraus könnte nun gefolgert werden, daß eine einheitliche nationalsozialistische Weltanschauung nicht besteht, wenn bereits über die Grundfragen eine Einhelligkeit nicht vorhanden ist. Es darf jedoch nicht übersehen werden, daß die nationalsozialistische Revolution wohl beendet ist, aber nicht die Evolution. Das nationalsozialistische Ideengut konnte noch nicht restlos in die Herzen aller Volksgenossen eingedrungen sein. Aus diesem Umstand, sowie aus der Tatsache, daß immer noch krampfhaft an dem Rechtssicherheitsmoment festgehalten wird, sei es bei der Frage der Einheit von Recht und Sitte oder bei der Anwendung der Wertbegriffe im Strafrecht, erklären sich die Widersprüche, die heute im rechtspolitischen Schrifttum noch bestehen. Die Erziehung des Rechtswahrernachwuchses, auf die schon hingewiesen wurde, sowie die Erziehung der Volksgemeinschaft zur Gesinnungsgemeinschaft wird, wenn auch erst in Jahren, die Gefahr der Rechtsunsicherheit ausschalten.

Zudem müssen wir uns an dieser Stelle fragen, warum der Strafrichter der ihm bei Anwendung der Grundsätze von Treu

und Glauben und gute Sitten gestellten Aufgabe nicht in demselben Maße gewachsen sein soll, wie dies beim Zivilrichter der Fall ist.[2] Auch im Strafrecht hat der Richter früher schon aus den Kultur- und Rechtsanschauungen des Volkes zu prüfen, wann ein Verhalten unsittlich ist, wann eine unzüchtige Handlung vorliegt und man kann nicht sagen, daß er diese Aufgabe nicht gelöst hätte. Gegen diese Unterscheidung in der Anwendung unseres Rechts für den Zivil- und Strafrichter wendet sich vor allem auch Mezger[3]. Frühere Zeiten seien bereit gewesen, dem Richter in zivilen Streitigkeiten ein Richten nach den guten Sitten zu gestatten, während sie dem Richter in Strafsachen im Interesse der individuellen Freiheit glaubten an streng formale Vorschriften binden zu müssen. „Ein solcher Standpunkt ist mit der Einheit der Rechts- und Sittenordnung im völkischen Leben unvereinbar. Auch das Richten in Strafsachen ist ausschließlich an den materiellen Gehalt dieser Lebensordnung gebunden."

Man darf allerdings nicht übersehen, daß die Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben, wie jeder allgemein gehaltene Straftatbestand[4], die Neigung uferloser Ausdehnung mit sich bringen kann, sodaß vor allem die Anklagebehörden mit unbegründeten Strafanzeigen überschwemmt werden. Wenn man sich aber stets vor Augen hält, daß der Tatbestand des Betrugs eine Vermögensbeschädigung bzw. Vermögensgefährdung und einen hierauf gerichteten Vorsatz sowie Bereicherungsabsicht verlangt, und sich stets den Sinn und Zweck des Betrugstatbestandes: Kampf dem Schwindel und Abwehr aller Vermögenschädigungen durch gemeinschaftswidrige arglistige Gesinnung vor Augen hält, erscheint dieser Einwand gegen die Anwendung der Wertbegriffe als unberechtigt. Das Erfordernis und der Nachweis dieser Tatbestandsmerkmale und das Abstellen auf den Zweck der gesetzlichen Bestimmung werden immer eine Schranke in Zweifelsfällen bieten.

Die Gefahren einer sinnwidrigen Ueberspannung werden aber auch dadurch gebannt, daß, wie noch zu zeigen sein wird, nur ein e r h e b l i c h e r Verstoß gegen Treu und Glauben zur Annahme eines strafbaren Betrugs berechtigen. Denn es soll durch diese Ausbildung des Betrugsbegriffes dem Geschädigten nicht Gelegenheit gegeben werden, Ansprüche, die er im Wege eines Zivilprozesses — weil zu unbestimmt und unsicher — nicht geltend machen will oder kann, auf das strafrechtliche Gebiet hinüber-

---

[2] Busch a. a. O. S. 21.

[3] Deutsches Strafrecht S. 25.

[4] Vgl. Hedemann, Flucht in die Generalklauseln: Stoll, Vertrag und Unrecht S. 41.

spielen zu lassen. Denn mit Recht weist v. Hippel[5] darauf hin, daß es nicht Aufgabe des Strafrechts ist, in zivilrechtlichen Zweifelsfällen einzugreifen und dem Kläger das Risiko der Klage abzunehmen.

Der Richter im heutigen Staat ist zur Verwirklichung der völkischen Rechts- und Sittenordnung im Einzelfalle berufen. Wenn er ein Verhalten nach den im Volke herrschenden, sittlichen Grundanschauungen zu bewerten hat, so wird er wohl oder übel, um zu einer volksnahen Entscheidung kommen zu können, die Verbindung mit dem Leben und den im Volke herrschenden Rechts- und Kulturanschauungen aufrecht erhalten müssen. Darin liegt gerade der Vorteil. „Denn hierdurch bleibt die Rechtsprechung stets in Berührung mit dem Leben"[6] und es wird darüber hinaus gewährleistet, „daß wir zu einer Rechtspflege gelangen, von der das Volk fühlt, daß sie eine Aeußerung seines eigenen Lebens ist".[6]

Darüber hinaus muß man sich stets vor Augen halten, daß durch die Anwendung der Grundsätze über Treu und Glauben, Anstand und Sitte der Strafrichter einen steten Einfluß auf die Volksgenossen ausüben kann. Ihm kann dadurch die Aufgabe eines Erziehers der Volksgenossen zu gesunden Rechtsanschauungen, zu Anstand im geschäftlichen Leben zufallen, die die festesten Grundlagen wahrer Volksgemeinschaft sind.[7]

Damit haben wir festgestellt, daß auch mit dem Betrugstatbestand des § 263 StGB. volkstümliche und unserem Rechtsgefühl entsprechende Entscheidungen möglich sind, wenn wir nur von der einseitigen Betonung einer Rechtspflicht abgehen und auch eine sittliche, aus den Grundsätzen von Treu und Glauben sich ergebende Pflicht zur Offenbarung genügen lassen und die liberale Betrachtung unseres Wirtschaftslebens aufgeben.

§ 14.

Die Entwürfe und die Stellung der amtlichen Strafrechtskommission.

1. Die Entwürfe vor 1933.

Kennzeichnend für alle diese Entwürfe ist das Streben nach einer klareren und kürzeren Begriffsbestimmung der Täuschungshandlung. Sie zerlegen den Täuschungsbegriff nicht mehr in Vorspiegeln, Entstellen und Unterdrücken, sondern der Vorentwurf

[5] a. a. O. S. 257; vgl. auch Busch a. a. O. S. 21.
[6] Freisler, Befreiung des Rechtsdenkens. DJ. 36 S. 1574.
[7] Freisler im Geleitwort zu Palandt-Richter, vgl. auch Busch S. 21.

§ 276 und der Gegenentwurf § 321 sprechen von „arglistiger Täuschung". Entwurf 1913 § 366 und Entwurf 1919 § 376 von „arglistiger Täuschung über Tatsachen". Entwurf 1925 § 310 und Entwurf 1927 § 343 von „Täuschung über Tatsachen". Obwohl der Vorentwurf und Gegenentwurf auf die ausdrückliche Bezugnahme der Täuschungshandlung auf Tatsachen verzichten, sollte damit keineswegs zum Ausdruck gebracht werden, daß auch eine Täuschung in Bezug auf Werturteile und allgemeine Anpreisungen unter den Betrugstatbestand fallen sollen. Vielmehr ging man davon aus, daß sich aus dem Begriff der arglistigen Täuschung ergebe, daß nur Tatsachen, nicht auch allgemeine Anpreisungen und Werturteile in Frage kommen, weil diese nach den Gewohnheiten des Verkehrs nicht oder doch nur unter ganz besonderen, die Strafbarkeit rechtfertigenden Gründen darunter fallen.[1] Bezüglich der Auslegung des Begriffs Arglist führt die Amtliche Begründung zum Vorentwurf aus, daß von einem Verhalten auszugehen sei, das im Verkehr zwischen redlichen Menschen üblich sei. Wenn das wissentliche Verschweigen einen Verstoß grober Art gegen Treu und Glauben, gegen die Anforderungen der gewöhnlichen Redlichkeit im Verkehr bilden, so falle es unter den Begriff Arglist und dann entspreche es auch dem Rechtsempfinden, daß Strafe eintritt. Eine Berücksichtigung des ganzen Täuschungsvorganges werde ermöglicht, wenn die Täuschungsmittel unter dem Begriff „arglistige Täuschung" zusammengefaßt werden.[1]

Die Entwürfe von 1913 und 1919 halten an dem Täuschungsbegriff des VE. und des GE. fest, verlangen nur eine Täuschung über Tatsachen zur Klarlegung gegenüber allgemeinen Anpreisungen und Meinungsäußerungen. Die Denkschrift zum E. 1919 betont ausdrücklich, daß der Begriff „Arglist" eine besondere Hinterhältigkeit des Täters nicht erfordere. Es genüge jedes Erregen oder Unterhalten eines Irrtums, auch ein Verhalten, das den Gewohnheiten des redlichen Verkehrs widerspreche.

Entwurf 1925 und 1927 verzichten auf das schärfende Beiwort „arglistig" und verlangen nur eine „Täuschung über Tatsachen". Die Begründungen sprechen sich hierüber nicht näher aus.

2. Die Stellung der Amtlichen Strafrechtskommission.

Der Vorschlag der Amtlichen Strafrechtskommission lautet: „Betrug begeht, wer jemanden durch arglistige Täuschung oder arglistiges Verschweigen zu einer Duldung oder Unterlassung bestimmt und dadurch dem Vermögen des Getäuschten oder ei-

[1] So die Amtl. Begr. zum VE. S. 761/62.

nes anderen Nachteil zufügt, um sich oder einen Dritten aus dem Vermögen des Geschädigten unberechtigt zu bereichern".[2]

Es wurde bereits in § 2 darauf hingewiesen, daß die Strafrechtskommission an der seitherigen Auffassung über das Wesen des Betrugs als eines Vermögensverbrechens festhält, um dadurch eine genaue und scharfe Trennung von der Urkundenfälschung, Eides- und Konkursverbrechen, Ehe- und Beischlaferschleichung zu ermöglichen. Der Entwurf hält auch an der Lösung des geltenden Betrugsstrafrechtes grundsätzlich fest und fordert in gleichem Maße eine Täuschungshandlung, die einen anderen in Irrtum versetzt oder einen solchen unterhält, durch den er eine Verfügung vornimmt, die einen Nachteil für ihn bringt, insbesondere sein Vermögen schädigt oder gefährdet. Die Bemühungen der Kommission gehen aber auf eine wesentliche Vereinfachung des Tatbestandes.

Bezüglich der Täuschungshandlung haben wir am Schluß des § 12 festgestellt, daß mit einer nationalsozialistisch-rechtspolitischen Wertung auch ohne Aenderung des Betrugstatbestandes volkstümliche und lebensnahe Entscheidungen möglich sind, wenn wir nur von der liberalen Auffassung unseres Wirtschaftslebens und von der einseitigen Betonung einer Rechtspflicht beim Betrug durch Schweigen abgehen. Ein neues Strafrecht kann natürlich in der Erkenntnis der vielerlei, mit den Begriffen verbundenen Streitfragen an dem alten Betrugstatbestand nicht mehr festhalten. Es wird daher den Forderungen nationalsozialistischer Rechtswissenschaft, nämlich nach Einheit von Recht und Sitte und mit Rücksicht auf den Zweck des Strafrechts: Erhaltung der völkischen Lebensordnung, klare und feste Gestalt geben und die Tatbestände so fassen, daß diese Forderungen jederzeit ihre Verwirklichung finden können.

Die Täuschungshandlung weist daher nicht mehr eine genaue Umschreibung der Täuschungsmittel auf, in der Erkenntnis, wie wir sie oben aufgezeigt haben, daß nicht nur sprachliche Bedenken entgegenstehen, sondern daß vielmehr durch eine derartige Fassung der Täuschungsmittel Schwierigkeiten in der Unterscheidung und Zurechnung zu einem der erwähnten Täuschungsmittel entstehen, die aber letzten Endes doch gleichgültig ist.

Als Täuschungshandlung ist nach dem Entwurf jede arglistige Täuschung und arglistiges Verschweigen ausreichend. Man hat durch die ausdrückliche Erwähnung des arglistigen Verschweigens die Schwierigkeiten, die beim Schweigen des Betrügers durch die notwendige Heranziehung der Grundsätze über

[2] Vgl. vor allem Dahm in Gürtner, Denkschr. Bd. 2 S. 458 ff.

die Begehungsstraftaten durch Unterlassung entstanden sind, und die möglicherweise in den einzelnen Fällen zu unbefriedigenden Entscheidungen geführt haben[3], beseitigen wollen. Durch den Verzicht auf das Erfordernis des geltenden Rechts, daß die Täuschung über eine Tatsache erfolgen mußte, hat man den veränderten Wirtschaftsanschauungen Rechnung getragen. Was für die Kommission von ausschlaggebender Bedeutung gewesen sein dürfte, ist der Umstand, daß man durch eine derartige Fassung der Täuschungshandlung der Gesinnung des Täters am besten gerecht werden kann und dadurch eine dem Einzelfall angepaßte und volkstümliche Rechtsprechung ermöglicht wird. In der Erkenntnis der Verschiedenartigkeit der Einzelfälle hat man dadurch dem vernünftigen Ermessen des Richters einen weiten Spielraum gegeben, um lebensnahe Entscheidungen fällen zu können.

Was die arglistige Täuschung angeht, so genügt hier jede positive Tätigkeit, die zur Erregung oder Unterhaltung eines Irrtums führt. Durch die Betonung der Arglist soll aber keineswegs zum Ausdruck gebracht werden, daß die Täuschungshandlung besondere Kunstgriffe oder heimliches, hartnäckiges Verhalten erforderlich ist, vielmehr soll der normative Begriff „arglistig" lediglich dem Richter eine Handhabe bei der Würdigung der vom Täter im Einzelfalle bekundeten Gesinnung geben. Die Richtigkeit dieser Auffassung ergibt sich auch aus den Ausführungen Dahms[4], der feststellt, daß die Kommission in bewußtem Gegensatz zu manchen ausländischen Rechten stehe, die etwa, wie das französische Recht, bestimmte Täuschungsmanöver und Machenschaften verlangen. Es ist also an der, von der früheren Rechtsprechung zu den Begriffen Vorspiegeln und Entstellen wahrer Tatsachen entwickelten Auffassung festzuhalten, sodaß unter arglistiger Täuschung nichts anderes zu verstehen ist als: durch ein Verhalten, das den Anforderungen eines redlichen Verkehrs widerspricht, wissentlich die falsche Vorstellung, daß etwas nicht oder doch vorhanden sei, erwecken, bekräftigen oder bestätigen. Bei der Prüfung der Frage, wann ein Verhalten den Anforderungen eines redlichen Verkehrs widerspricht, müssen wir auf auf die Grundsätze von Treu und Glauben zurückgreifen, sodaß bei Würdigung eines Gesamtverhaltens als arglistige Täuschung die Wertbegriffe Treu und Glauben, gute Sitten beizuziehen sind.

Was das arglistige Verschweigen betrifft, so gelten die oben gemachten Ausführungen in vollem Umfange. Die Kommission

---

[3] Vgl. Hegler, VD. S. 422 Anm. 4.

[4] a. a. O. S. 459.

ist bewußt davon ausgegangen, daß eine scharfe Trennung von Recht und Sitte heute nicht mehr angebracht ist[5] und will mit dem arglistigen Verschweigen zum Ausdruck bringen, daß ein Verschweigen dann unter den Betrug fällt, wenn Anstand und Sitte ein Reden verlangen.[6] Damit kommt den Wertbegriffen Treu und Glauben, gute Sitten diejenige Bedeutung zu, die sie allerdings nur zum Teil schon heute, unabhängig vom Wechsel der Gesetzgebung, durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts bekommen haben. Es bestimmt sich daher die Rechtswidrigkeit des Schweigens heute nicht mehr allein darnach, ob eine Rechtspflicht zum Reden besteht oder nicht, sondern das Schweigen ist bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen geeignet, den Tatbestand des Betrugs zu erfüllen, wenn Treu und Glauben, Anstand und gute Sitten ein Reden verlangen. Durch die Anwendung dieser Grundsätze von Treu und Glauben, Anstand und gute Sitten ist der Richter der oft schwierigen Entscheidung enthoben, ob einfaches oder qualifiziertes Schweigen vorliegt, oder ein das Verschweigen begleitendes, tätiges Verhalten das Merkmal der Unterdrückung oder Vorspiegelung erfüllt.

Mit der Anerkennung dieser Grundsätze entfällt aber auch jeder Anlaß, die von gewissen wirtschaftlichen Spitzenverbänden und Kreditgewerbeorganisationen geforderte gesetzliche Sonderbestimmung über den Kreditbetrug und Krediterschleichung.[7]

Durch den Umstand, daß das kommende Strafrecht die Bestrafung arglistiger Schädigung fremden Vermögens vorsieht, werden besonders die Fälle erfaßt werden, in denen der Täter nicht in Bereicherungsabsicht handelt oder nicht die Absicht der unberechtigten Bereicherung hat[8] oder in denen es an der Stoffgleichheit fehlt. Obwohl es sich dabei nicht um Sondertatbestände des Betrugs handelt, sind sie doch dem Betrug ihrem Wesen nach verwandt und geben die Möglichkeit in denjenigen Fällen arglistigen Verhaltens, in denen der Betrugstatbestand nicht erfüllt ist, die gerechte Bestrafung herbeizuführen.

[5] Dahm a. a. O. S. 467.

[6] Dahm a. a. O. S. 461.

[7] Vgl. Dahm a. a. O. S. 467.

[8] Damit wäre der der Entscheidung JW. 1925 S. 1499 zu Grunde liegende Selbsthilfebetrug zu lösen

5. Abschnitt.

Die Zusammenstellung der Einzelfälle, in denen Treu und Glauben, Anstand und gute Sitten die Offenbarung von Umständen verlangen.

§ 15.

Allgemeines.

Wir haben oben festgestellt, daß die Frage, wann ein Verhalten gegen die Grundsätze von Treu und Glauben und gute Sitten verstößt, nur in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis gestellt und beantwortet werden kann. Trotz dieser Tatsache können wir Feststellungen allgemeiner Natur darüber treffen, in welchen Verhältnissen und hinsichtlich welcher Tatsachen nach Treu und Glauben und guten Sitten eine Pflicht zum Reden besteht. Wenn auch jeder Einzelfall wieder anders gelagert sein kann, so ist die Entscheidung doch nicht so auf den Einzelfall abgestellt, daß sich nicht derartige Feststellungen treffen ließen.

Es wurde bereits betont, daß nur ein erheblicher Verstoß gegen die Grundsätze von Treu und Glauben und gute Sitten die Bestrafung wegen Betrugs bei Vorliegen der übrigen Tatbestandsmerkmale rechtfertigen kann. Dafür ist nicht allein die Tatsache entscheidend, daß es nicht Aufgabe des Strafrechts ist, im bürgerlichrechtlichen Zweifelsfällen einzugreifen und dem Kläger das Risiko der Klage abzunehmen, vielmehr ist für diese Einschränkung der Umstand maßgebend, daß eine uferlose Ausdehnung dieser Wertbegriffe sehr leicht und sehr schnell jeden Unternehmungsgeist und Wagemut im Wirtschaftsleben eindämmen, ja töten kann. Nirgends ist es so wichtig, sich „stets den Zweck und die soziologische Grundlage der betreffenden Bestimmung vor Augen zu halten, wie gerade bei den Verbrechen und Vergehen, die den Schutz des Wirtschaftslebens bezwecken".[1] Man nützt bei einer überspannten Auslegung der wertbedingten Begriffe dem Wirtschaftsleben nicht, sondern schadet ihm nur, weil man den Unternehmungsgeist und die Freude zum Abschluß von Verträgen nimmt.

Die Auslegung dieser Wertbegriffe kann nur eine zweckbestimmte sein; zweckbestimmt einmal nach den Wertungen unseres gesamten Rechts, nämlich Erhaltung der völkischen Lebensordnung, zum andern nach dem Zweck und der soziologischen

[1] Schwinge, JW. 1935 S. 1697.

Grundlage des einzelnen, in Frage stehenden Verbrechens, beim Betrug also: Kampf den Schwindeleien und Abwehr aller Vermögensschädigungen durch gemeinschaftswidrige, arglistige Gesinnung. Die nationalsozialistische Weltanschauung, die den Führergedanken und die persönliche Leistung des Einzelnen in den Vordergrund stellt, kann eine so zu Stande kommende grundsätzliche Einschränkung nicht zulassen. Sie wird den Ehrgeiz und das eigennützige Vorwärtsstreben insoweit zulassen, als sie nicht zum Schaden der übrigen Volksgenossen durchgesetzt werden. Die Erfassung des normalen Vertragsbruches ist und bleibt Sache des bürgerlichen Rechts. Eine Ueberspannung darf auch schon deswegen nicht erfolgen, weil dadurch die erzieherische Wirkung des Strafrechts zu leicht in das Gegenteil umschlagen und nur Schaden, statt Nutzen bringen könnte.

Es sollen nun im einzelnen die Fälle besprochen werden, in denen wir nach den obigen Wertbegriffen eine Pflicht zur Offenbarung von Tatsachen verlangen, deren Verschweigen geeignet ist, den Irrenden zu einer schädlichen Vermögensverfügung zu veranlassen. Wenn dabei die früheren Lösungen berücksichtigt werden, so geschieht dies vor allem, um den Gegensatz scharf herauszustellen. Wir sind uns durchaus bewußt, daß in manchen der zu besprechenden Fällen eine Lösung der Schwierigkeit durch die Annahme einer durch schlüssiges Verhalten begangenen, positiven Vorspiegelung möglich ist. Wenn auch in diesem Zusammenhang die Frage entscheidend sein soll, wann Treu und Glauben, Anstand und Sitte eine Pflicht zum Reden verlangen, so übersehen wir dabei nicht, daß auch bei der Würdigung eines Gesamtverhaltens als arglistige Täuschung die Grundsätze von Treu und Glauben mit heranzuziehen sind.

Zu beachten ist aber, daß es immer auf die Gestaltung der Einzelfälle ankommt. Denn das Leben ist nun einmal nicht gleichförmig, sondern wechselvoll und es ist durchaus denkbar, daß in einem Fall ein Verhalten gegen die Grundsätze von Treu und Glauben, Anstand und Sitte verstößt, in einem ähnlich gelagerten aber nicht.

§ 16.

Die Offenbarungspflicht bei Rechts- und Sachmängeln.

§ 444 BGB. begründet für den Verkäufer eine Rechtspflicht zur Offenbarung der rechtlichen Verhältnisse des verkauften Gegenstandes. v. Cleric leitet auch aus den Grundsätzen von Treu und Glauben eine Offenbarungspflicht ab mit der durchaus einleuchtenden Begründung[1], daß hier im Gegensatz zu den Sach-

[1] a. a. O. S. 167.

mängeln die Mängel meist nicht offen vorzuliegen pflegen und eine Verkehrssitte, sie verschweigen zu dürfen, regelmäßig nicht bestehe.

Da nun bei der Sachmängelhaftung eine dem § 444 BGB. entsprechende Vorschrift fehlt, könnte man durch argumentum e contrario den Schluß ziehen, daß das Verschweigen solcher Mängel nicht rechtswidrig sei. Die Frage ist sehr umstritten, je nachdem man eine Aeußerungspflicht aus den Gewährleistungsvorschriften des BGB. sinngemäß angenommen hat oder nicht. Während früher das Preuß. Obertribunal [2] die Meinung vertrat, daß gesetzliche Aufklärungspflichten schon mit dem Bestehen der Gewährleistungsvorschriften beim Kauf gegeben seien, hat das Reichsgericht [3] sehr bald diese Auffassung aufgegeben und ausgesprochen, daß aus der Tatsache der Haftung für gewisse Tatsachen nicht die Verpflichtung zu ihrer Mitteilung gefolgert werden dürfe. Diese Ansicht wird auch im heutigen Schrifttum vertreten. [4] Maßgebend für die Auffassung war die Tatsache, daß in § 459 BGB. die Haftung für Mängel gegeben ist, abgesehen davon, ob der Verkäufer selbst den Mangel kannte oder nicht. Es geht nun aber nicht an, für denjenigen eine Aeußerungspflicht festzustellen, der von dem Mangel überhaupt keine Kenntnis hat. Die gegenteilige Meinung [5] beruft sich auf die verschärfte Haftung des Verkäufers in § 460 und § 463 BGB. Durch die Wahl des Wortes „arglistig" habe der Gesetzgeber selbst darauf hingewiesen, daß der Verkäufer eine Aufklärung unterläßt, zu der er nach der Auffassung des Gesetzgebers verpflichtet gewesen sei. Diese Ansicht ist aber keineswegs geeignet, eine Rechtspflicht aus der Tatsache der Haftung zu begründen. Die gegenteilige Meinung übersieht, daß ein Rechtssatz „ultra posse nemo obligatur" besteht. [6]

Für die herrschende Lehre war mit der Ablehnung einer Aufklärungspflicht aus einem bestehenden Rechtssatz der Interessenwiderstreit zwischen Käufer und Verkäufer bei der Sachmängelhaftung abgetan. Eine Aufklärungspflicht aus den Grundsätzen von Treu und Glauben anzunehmen, hat das Reichsgericht verneint. [7]

In der älteren Rechtslehre wurde vor allem aus dem Interessengegensatz, der zwischen Käufer und Verkäufer besteht, die

---

[2] Goltd. Arch. Bd. 15 S. 266; vgl. auch Haager. Ger.Saal Bd. 27 S. 379 und Lucas a. a. O. S. 263.

[3] RGSt. Bd. 2 S. 430.

[4] Vgl. Frank S. 476; Mayer-Allfeld S. 542.

[5] Vgl. Nolting a. a. O. S. 66; A. Merkel II S. 155.

[6] Vgl. May a. a. O. S. 104.

[7] Vgl. RGSt. 14 S. 310.

Ansicht gefolgert, daß List, Lüge und Schlauheit als Grundlagen des freien und schrankenlosen Wettbewerbes in jedem derartigen Vertrag, in dem sich zwei Parteien als Gegner gegenübertreten und in gesetzlich gebilligter Rücksichtslosigkeit ihre Interessen vertreten, zulässig seien, weil jede Partei damit rechne.[8] Jeder Vertrag enthalte gewisse Spekulationsmomente, mit denen die Grundsätze von Treu und Glauben nicht vereinbar seien.[9] Jeder müsse mit irgend welchen Geschäftskniffen des anderen rechnen.[10] Wer die Augen nicht auftue, müsse den Beutel aufmachen.

Wenn wir aber davon ausgehen, daß das Schuldverhältnis die Parteien zu einer engen Rechtsgemeinschaft verbindet und sie auf den Boden eines Vertrauensverhältnisses stellt, in dem es kein ausgesprochenes Gegeneinander gibt, sondern in dem jeder den Belangen des anderen Rechnung zu tragen hat, damit das im Vertrag gesteckte Ziel erreicht werden kann, können wir uns nicht mehr zu der Feststellung entschließen, daß Lüge, List und Schlauheit, Ehrgeiz und Eigennutz unbeschränkt zuzulassen sind. Wir fordern heute aus sittlichen und sozialen Wertungen, aus dem Verlangen, den Schutz unserer Rechtsordnung den Schwachen in seinen lebenswichtigen Belangen genau so zukommen zu lassen[11], wie der wirtschaftlich Starke diese seine Belange meist selbst wahrnehmen kann, daß z. B. eine raffinierte und verlogene, auf Werturteile gestützte Reklame Bestrafung verdient. Dieselben sozialen Wertungen müssen aber auch dort am Platze sein, wo mit Geschäftskniffen gearbeitet wird, die wohl einem Teil unserer Volksgenossen bekannt sind, auf die aber immer noch sehr viele hereinfallen. Deshalb geht es auch nicht mehr an, zu sagen, daß jeder mit solchen Geschäftskniffen zu rechnen habe. Das im liberalen Wirtschaftsverkehr häufig zu hörende Sprichwort: Wer die Augen nicht auftut, tut den Beutel auf, kann heute nicht mehr gelten.

Jeder Vertragsgegner erwartet dort, wo ihm eigene Kenntnisse und Möglichkeiten zur Prüfung fehlen, Offenheit und Aufklärung vom Vertragspartner, der seine Unklarheit und falsche Vorstellung von den gegebenen Umständen erkannt hat. Wir haben bereits oben in § 4 darauf hingewiesen, daß das Reichsgericht in Bd. 42 S. 130 in der bewußten Forderung eines höheren, als des von Rechtswegen zu beanspruchenden Preises für eine Leistung, ohne Aufklärung hierüber, keine Täuschungshandlung

[8] Vgl. Freund a. a. O. S. 29 (Jude); Mittermaier a. a. O. S. 139; Cleric a. a. O. S. 124; Escher S. 54; a. A. Temme S. 29.

[9] Steinbach a. a. O. S. 54.

[10] Mittermaier a. a. O. S. 139.

[11] Gerland, JW. 1933 S. 433: Auch der Gutgläubige, ja auch der Dumme muß hinreichend strafrechtlichen Schutz haben.

erblickte. Wir haben aber festgestellt, daß das Reichsgericht bei folgerichtiger Durchführung den zunächst ausgesprochenen Grundsatz beinahe zur Ausnahme machen muß, wenn es ausführt, daß dies nicht zutreffe, wenn dem Fordernden bewußt sei, daß nach der besonderen Gestaltung der Umstände der Vertragsgegner die Forderung auf ihre Vertragsmäßigkeit nicht prüfe oder nicht prüfen könne, sei es weil er sich auf die Vereinbarung verläßt, auf die Redlichkeit oder bessere Sachkunde des Fordernden vertraut, sei es weil ihm die eigene Fähigkeit zur Prüfung fehlt oder sonstige Gründe ihn abhalten. Was hier ausgesprochen ist, muß auch bei den Sachmängeln gelten. Es ist kein Grund ersichtlich, hier Ausnahmen zu machen, zumal eine Untersuchung meist nicht einfach und mit größtem Zeitaufwand und gar oft nur durch einen Sachverständigen geschehen kann.

Wir kommen daher in diesem Zusammenhang zu folgendem Ergebnis:

> „Die Grundsätze von Treu und Glauben, Anstand und Sitte verlangen dort Aufklärung und Offenbarung, wo dem anderen Vertragspartner eigene Kenntnisse und die Möglichekit zur Prüfung fehlt und der andere sich dessen bewußt ist."

§ 17.

Die Offenbarungspflicht in sonstigen Fällen.

Wenn wir in den Vertragsverhältnissen den Gemeinschaftsgedanken verwirklichen wollen, der Gläubiger und Schuldner zur Erreichung des von ihnen in dem Vertrag gesteckten Ziele zusammenwirken läßt, dann muß aber auch der weitere Satz volle Anerkennung finden, der über das Verhältnis von Käufer und Verkäufer hinaus Geltung hat:

> „Treu und Glauben, Anstand und Sitte verpflichten die Vertragsparteien alle ihnen bekannten Umstände mitzuteilen, die nach vernünftigem Ermessen für die Willensentschließung des Vertragspartners von Erheblichkeit sein können."

Die Anerkennung dieses Satzes läßt die Frage, inwieweit eine Aufklärungspflicht bezüglich der Absichten, die einem Vertrage zu Grunde liegen, sehr leicht lösen.[1] Grundsätzlich bestehen in dieser Hinsicht keine Offenbarungspflichten. Der Verkäufer braucht also nicht zu sagen, warum er verkauft, von welchem Lieferanten er die Ware bezogen hat, inwieweit er mit Verlust

[1] Vgl. Cleric S. 130.

und Gewinn gearbeitet hat, daß der Käufer wo anders billiger kaufen könne. Der Darlehensnehmer braucht nicht zu offenbaren, was er mit dem Geld anfängt, der Käufer nicht, wie er den Kaufgegenstand verwerten will. Allerdings ist im letzten Falle anders zu entscheiden, wenn der Käufer unter Eigentumsvorbehalt des Verkäufers die Ware sich angeschafft hat. Will hier der Käufer die Sache sofort weiter veräußern oder verpfänden lassen, so besteht eine Offenbarungspflicht, da dieser Umstand für die Entschließung des Verkäufers wegen der Beschaffungsmöglichkeit einer anderen Sicherung von Erheblichkeit ist.

Aufklärungspflichten, wie sie aus obigem Satz herzuleiten sind, werden nicht bloß bei der Vertragserfüllung, sondern auch schon bei dem Eintritt in ein Vertragsverhältnis ihre Anwendung finden müssen. Es soll nun im einzelnen, sowohl bei Vertragsabschluß, als auch bei der Vertragserfüllung diejenigen Fälle zusammengestellt werden, in denen wir unter Zugrundelegung obigen Satzes zur Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben, Anstand und Sitte als Grundlage für eine Offenbarungspflicht kommen.[2]

a) Bei Vertragsabschluß:

1. Ein erheblicher Verstoß gegen Treu und Glauben ist darin zu erblicken, daß der Käufer den dem Verkäufer unbekannten höheren Wert des Kaufgegenstandes verschweigt. Die Anerkennung obigen Satzes gibt uns die Handhabe für eine gerechte Würdigung des Parteiverhaltens im Altertümer- und Raritätenhandel. Wir brauchen dann nicht mehr, wie dies Groß[3] getan hat, auf das Merkmal „der Relation zur Sache", das für die Frage des Käuferbetruges entscheidend sein soll, abstellen, sondern haben nur zu prüfen, inwieweit Treu und Glauben eine Aufklärung erfordert.

2. Pflichtwidrig ist das Verschweigen des Mangels der Vollmacht zum Abschluß von unwiderruflichen Geschäften, wenn der Vertragsgegner dem Bevollmächtigten deutlich zur Kenntnis gebracht hat, daß es ihm nur um den Abschluß eines unwiderruflichen Geschäfts zu tun ist (vgl. Ger.Saal 102 S. 390 Nr. 3).

3. Treu und Glauben verpflichten zur Aufklärung bezüglich des Mangels der Verfügungsberechtigung. Hier ist allerdings strittig, inwieweit in dem Vermögen dessen, der sein Recht verliert, eine Beschädigung eingetreten ist.[4]

---

[2] Vgl. Busch S. 19/20.

[3] a. a. O. S. 191.

[4] Verneinend RGSt. Bd. 49 S. 16; Olshausen § 263, 22 B b; Hegler VD. S. 437, 5; bejahend Schwarz § 263 Nr. 7 b.

4. Treu und Glauben verlangen vom Verkäufer, eine Wertminderung des Kaufgegenstandes, die bereits eingetreten oder mit Sicherheit zu erwarten ist, dem Käufer mitzuteilen. Zu denken wäre hier vor allem an die Fälle, in denen jemand Aktien zum Nennwert gibt, dabei aber verschweigt, daß letztere fast wertlos sind, weil das Unternehmen sich in Konkurs befindet, oder die Aktien infolge eines Naturereignisses oder mißlungenen Geschäftes stark an Verkehrswert verloren haben. Auch die Diskontierung von Gefälligkeitswechseln mit zahlungsunfähigen Wechselverpflichteten verlangen eine Offenbarung (vgl. JW. 1933 S. 433).

5. Aehnlich gelagert sind die Fälle, in denen einer Vertragspartei von vornherein die Absicht fehlt, den Vertrag zu erfüllen. Hierher gehören hauptsächlich die Kautions- und Vorschußschwindler, die sich für die Finanzierung irgend eines beabsichtigten Unternehmens von verschiedenen Personen Zahlungen machen lassen. Wenn hier auch meist eine positive Täuschungshandlung vorliegen dürfte, so können doch Fälle vorkommen, in denen der Schwindler keine positiven Erklärungen abgibt.[5] Zu erwähnen sind hier ferner Sachverhalte, wie sie den Entscheidungen RGSt. Bd. 65 S. 106, Bd. 66 S. 56 zu Grunde liegen, in denen bei der Verhandlung über die Bereitstellung von Mitteln einer der Beteiligten seine Absicht verschweigt, das Geld in einer von der erkannten Vorstellung des Geldgebers abweichenden, vertragswidrigen Weise zu verwenden. (Vgl. auch Ger.Saal 102 S. 388; RGSt. Bd. 42 S. 181; Bd. 24 S. 216).

6. Pflichtwidrig ist das Verschweigen von gewissen Umständen, wenn ein Gesamtzustand zur Grundlage der Verhandlungen gemacht wird. Beispiel: Wenn die Vermögenslage eines Darlehenssuchenden zum Gegenstand der Verhandlungen gemacht wird, so verstößt es gegen Anstand und Sitte, wenn letzterer bezüglich eines Teils seiner Schulden schweigt (vgl. DRZ. 1932 S. 33; Ger.Saal 102 S. 389 Nr. 2). Wer Bücher vorlegt, ist verpflichtet zur Offenbarung der dort nicht eingetragenen Schulden (Goltd. Arch. Bd. 43 S. 252).

7. Gegen Treu und Glauben verstößt es, wenn jemand sich oder einem Gegenstand zum Zwecke der Täuschung den Anschein von etwas besserem gibt (vgl. DJ. 1934 S. 711; JW. 1927 S. 1693; RGSt. 20 S. 144).

8. Pflichtwidrig ist das Verschweigen der Unerfüllbarkeit der Gegenleistung. Beispiel: Bestellen einer Ware trotz augenblicklicher und innerhalb des zu leistenden Zeitraumes sicher anhal-

[5] Vgl. Roling, DJ. 1935 S. 255.

tenden Zahlungsunfähigkeit. (Vgl. auch JW. 36 S. 3001, JW. 1934 S. 1032).

9. Gegen Treu und Glauben verstößt es, den Irrtum eines anderen bezüglich des Bestehens einer Schuld überhaupt oder in einer bestimmten Höhe auszunützen (RGSt. 25 S. 93; Bd. 67 S. 290 HRR. 1928 Nr. 389).

10. Bezüglich des pflichtwidrigen Verschweigens der für die Kreditgewährung wesentlichen Tatsachen vgl. die Ausführungen im nächsten Paragraphen.

b) Bei Vertragserfüllung.

11. Bei der Vertragserfüllung sind vor allem diejenigen Fälle zu nennen, in denen eine Partei die zwischen Vertragsabschluß und Vertragserfüllung eingetretene Vermögensverschlechterung verschweigt. (Vgl. JW. 1934 S. 1032).

12. Pflichtwidrig ist das Verschweigen der Mängel der Leistung: Es wird ein Kaufabschluß über einen bestimmten Gegenstand getätigt. Der Schuldner liefert aber nicht den betreffenden Gegenstand, sondern einen schlechteren, aber dem Vereinbarten sehr ähnlichen. Der Gläubiger untersucht den Gegenstand nicht mehr im Vertrauen darauf, daß der andere richtig erfüllt.

Oder: der Gläubiger tritt eine bereits abgetretene Forderung nochmals ab (vgl. HRR. 1927 Nr. 761).

13. Pflichtwidrig ist es, das Vertrauen eines Vertragsgegners, der annimmt, der andere sei zur Entgegennahme einer Leistung berechtigt, zu eigenem Vorteil auszunutzen.

14. Pflichtwidrig ist das Verschweigen des bei Geschäftsbesorgung Erlangten, insbesondere die Entgegennahme von Schmiergeldern.

§ 18.

Die Offenbarungspflicht beim Darlehens- und Kreditbetrug.

In ganz besonderem Maße gilt die im heutigen Rechtsverkehr bestehende Forderung, das Vertrauen eines anderen nicht einseitig zu eigenem Vorteil auszunützen, auf dem Gebiet des Darlehens- und Kreditbetruges.

Um die Stellungnahme der früheren Rechtsprechung zum Darlehensbetrug zu kennzeichnen, sei ein Auszug aus den Entscheidungsgründen des Urteils des RG. vom 3. 2. 1930 wiedergegeben[1]: „Eine Verpflichtung, bei Vertragsverhandlungen die

[1] Siehe Culemann a. a. O. S. 28.

Interessen des Vertragsgegners wahrzunehmen, ihn auf mutmaßliche, für ihn bestehende Bedenken hinzuweisen, besteht im Rechtsleben allgemein nicht; vielmehr bleibt es jedem Beteiligten überlassen, die eigenen Augen aufzumachen und sich über alle Umstände, die für seine Willensentschließung von Bedeutung sind, zu erkundigen. Die Angeklagten hatten es also nicht nötig denjenigen auf solche Tatsachen, die ihn von der Darlehenshingabe zurückhalten konnte, ihrerseits ungefragt hinzuweisen."

Die Hingabe eines Darlehens kann, soweit Betrug durch Schweigen in Frage steht, in bestimmten Fällen von uneigennützigen Gedanken getragen sein. Der Darlehensgeber geht hier von seiner eigenen Anständigkeit aus und bringt dem Vertragspartner weitgehendes Vertrauen bezüglich der Möglichkeit und dem Willen, das Geld zu dem zwischen ihnen vereinbarten Zeitpunkt oder innerhalb eines angemessenen Zeitraumes zurückzuzahlen. Es ist dabei an Fälle zu denken, in denen jemand von einem Dritten, der, wie ihm unbekannt, völlig überschuldet ist und bei dem kaum Hoffnungen auf baldigen Gelderwerb bestehen, um ein Darlehen gebeten wird, der Darlehensgeber mit Rücksicht auf die Anständigkeit und in der selbstverständlichen Voraussetzung, das Geld in Bälde wieder zu bekommen, es unterläßt, nach den Vermögensverhältnissen zu fragen, um sich etwaige Sicherungen zu verschaffen. Hat der Dritte die Absichten, die zur Hingabe des Darlehens geführt haben, erkannt, und schweigt er dazu, so wird seine Handlungsweise im Volksmund mit Recht als eine betrügerische bezeichnet, denn er nützt einseitig ein ihm entgegengebrachtes Vertrauen zu seinem eigenen Vorteil aus. Hier zu sagen, der Darlehensnehmer begehe keinen Betrug, weil es Sache des anderen sei, bezüglich der Kreditwürdigkeit und Kreditfähigkeit zu fragen oder gar Erkundigungen einzuziehen wäre verfehlt. Damit könnte man den Anforderungen an einen anständigen Rechtsverkehr nicht gerecht werden und eine derartige Entscheidung könnte nie als eine volkstümliche und lebensnahe angesprochen werden.

Was aber für diesen Fall gilt, muß in demselben Maße dort Anerkennung finden, wo der Darlehensgeber aus irgend welchen Gründen keine Fragen bezüglich der Kreditsicherheit und Rückzahlungsmöglichkeit stellt. Es ist hier an die Fälle zu denken, wo der Darlehensnehmer den Darlehensgeber durch seine Fabrikräume führt, dabei aber verschweigt, daß die Maschinen und Warenvorräte längst nicht mehr ihm gehören und er sich bewußt ist, daß sich Letzterer bezüglich des Eigentums in einem Irrtum befindet.[2]

[2] Vgl. Recht 1929 Nr. 632.

Was aber beim Darlehensbetrug gilt, muß in demselben Maße auch bei anderen Fällen des Kreditbetrugs Anerkennung finden. Mag auch hier das vom Kreditierenden entgegengebrachte Vertrauen nicht so groß sein und mögen hier mehr eigennützige Absichten mit hereinspielen, als dies beim Darlehensbetrug der Fall ist, so verlangen doch ein gerechter Interessenausgleich zwischen den am Kreditgeschäft beteiligten Personen und die wirtschaftliche Erwägung, durch gerechten und weitgefaßten Schutz des Kreditierenden die Kreditwilligkeit zu fördern und in den Dienst des wirtschaftlichen Anstiegs zu stellen. Je geringer der Schutz des Kreditgebenden gegenüber einem unlauteren Verhalten des Kreditsuchenden ist, desto weniger wird Anlaß zur Kreditierung vorhanden sein.

Die ältere Rechtslehre und Rechtsprechung konnte aber diesen Anforderungen nicht gerecht werden, weil sie durch das unnachgiebige Festhalten an dem Bestehen einer Rechtspflicht zur Offenbarung der Vermögensverhältnisse und durch den Verzicht auf die Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben, dem Kreditsuchenden verhältnismäßig günstig standen. Die vom Reichsgericht vertretene Ansicht kommt am deutlichsten in RGSt. Bd. 24 S. 216 zum Ausdruck, wo ausdrücklich festgestellt wird, daß keine Rechtspflicht bestehe seine Vermögensverhältnisse zu offenbaren. In dem Urteil vom 3. 12. 31 [3] bekennt sich das Reichsgericht zu derselben Ansicht: „Ein Kaufmann hat aber nicht die Rechtspflicht, ungefragt seine Lieferanten über seine Vermögenslage und Kreditwürdigkeit aufzuklären; dadurch allein, daß er dies unterläßt, unterdrückt er also nicht schon seine etwa bestehende Zahlungsunfähigkeit. Ebensowenig enthält eine jede größere Bestellung ohne weiteres die Behauptung des Bestellers, er sei in Höhe des einzelnen jeweiligen Kaufpreises zahlungsfähig."

Für den Kreditgebenden war es deshalb wichtig zu wissen, daß das Kreditgeschäft als solches noch keine Rechtspflicht zur Offenbarung der für die Kreditwürdigkeit erheblichen Tatsachen begründet. Es blieb somit die einzige Möglichkeit, um sich vor Krediterschleichung und Kreditbetrügereien zu schützen, daß der Kreditgeber bei Eingehung eines Kreditgeschäftes die Vermögenslage des Kreditnehmenden zum Gegenstand einer eingehenden Besprechung macht. Denn nach der Entscheidung des Reichsgerichts vom 3. 2. 1930 besteht für den Kreditnehmer die Rechtspflicht, in der Erteilung von Auskünften, die er unaufgefordert oder in Erwiderung auf eine Frage macht, vollständige und richtige Angaben zu machen, so gut er dazu im Stande ist.

[3] Siehe Culemann S. 27.

Derjenige, der darüber Bescheid wußte — das traf meist bei den wirtschaftlich Starken zu — konnte sich weitgehendst gegen diese Krediterschleichungen schützen, während der gewöhnliche Volksgenosse, weil er diese Voraussetzungen des Kreditbetrugs nicht kannte und aus irgend welchen Gründen, sei es aus Zeitmangel oder aus Vertrauen auf die Anständigkeit des Kreditsuchenden, Forschungen nach den Vermögensverhältnissen nicht anstellte, der Geschädigte war. Dazu kam, daß gerade diese Volksgenossen am meisten unter dem Geldverlust zu leiden hatten.

Anstand und Sitte und die oben erwähnten Ziele und Zwecke unseres Kreditwesens verlangen eine Aufklärungspflicht der für die Kreditgewährung wesentlichen Umstände, also insbesondere über die außergewöhnlich schlechten Vermögensverhältnisse, wie sie der Kreditgeber nach Art des Geschäfts und der ihm bekannten Umstände nicht vermuten kann.[4]

Das Reichsgericht hat in neuester Zeit diesen Forderungen eines ausgeglichenen Kreditwesens Rechnung getragen. In der Entscheidung vom 13. 11. 31[5] führt es aus: „Unzutreffend ist die Auffassung der Revision, daß ein Darlehenssucher keinen Anlaß und keine Rechtspflicht hätte, die bei ihm bestehenden ungünstigen Verhältnisse kundzugeben . . . Aber nach Art eines Rechtsgeschäftes kann sehr wohl eine förmliche Rechtspflicht zur Offenheit vorliegen."

Wenn gegen eine so weitgehende Aufklärungspflicht eingewandt wird, daß wirtschaftliche Unternehmungen, wenn sie schlecht stehen, niemals oder nur sehr schwer Kredit bekommen würden und daher ohne sämtliche Mittel zur Behebung der augenblicklichen Schwierigkeiten versucht zu haben, zusammenbrechen, so darf demgegenüber nicht übersehen werden, daß man bei einer solchen Einstellung dem Kreditgebenden das Risiko aufbürdet. Es geht nicht an, „ohne Wissen des Kreditgebenden auf dessen Kosten den Zusammenbruch hinauszuzögern in der Hoffnung, ein glücklicher Zufall könnte das sonst unabwendbare Ereignis des restlosen Zusammenbruchs verhindern".[6]

In diesem Zusammenhang muß die weitere Frage untersucht werden, inwieweit in der Bestellung von Waren durch das Verschweigen der Zahlungsunfähigkeit eine arglistige Täuschung zu finden ist. Bei der Besprechung des schlüssigen Verhaltens wurde ausgeführt, daß derjenige, der Waren bestellt, einen Antrag auf Abschluß eines Kaufvertrages macht, also Lieferungen von Waren gegen Entrichtung des Kaufpreises in der zu vereinbarenden

[4] Vgl. HRR. 1936 Nr. 1022.
[5] Vgl. Wachinger a. a. O. S. 395.
[6] Vgl. Busch S. 21.

oder nach Art des Geschäftes üblichen oder angemessenen Frist verlangt. Er erklärt damit, daß er gewillt ist, den Kaufpreis bei Fälligkeit zu zahlen. Insoweit besteht Einigkeit, daß in der Bestellung der Ware die Vorspiegelung der Zahlungsabsicht liegt.[7] Inwieweit er damit aber erklärt, auch in der Lage zu sein, den Kaufpreis zu zahlen, war bestritten. In dem Urteil des Reichsgerichts vom 3. 12. 31 wird festgestellt,[8] daß nicht jede größere Bestellung eines Kaufmanns die Behauptung des Bestellers enthalte, er sei in Höhe des einzelnen jeweiligen Kaufpreises zahlungsfähig.

Bei der Prüfung dieser Frage sind die Zeitpunkte des Vertragsantrags und Vertragsabschlusses sowie der Fälligkeit zu beachten. Denn es ist durchaus möglich, daß der Besteller im Augenblick des Vertragsantrages zahlungsunfähig ist, aber begründete Hoffnung hat, am Fälligkeitstag zahlen zu können. Der Nachweis des Bewußtseins der Zahlungsunfähigkeit zur Zeit der Bestellung berechtigt nicht ohne weiteres die Annahme, daß der Besteller nicht zahlen will.

Es ist somit festzustellen, daß in der Bestellung von Waren die stillschweigende Erklärung enthalten ist, daß der Besteller nach Prüfung seiner gesamten Verhältnisse die Ueberzeugung haben konnte und auch gehabt hat, innerhalb des vereinbarten oder eines angemessenen Zeitraumes leisten zu können. Konnten aber seine Gesamtverhältnisse diesen Schluß nicht zulassen, dann ist er nach Treu und Glauben verpflichtet, auf seine Vermögensverhältnisse hinzuweisen. Die Frage, ob im Einzelfall dieser Schluß zu ziehen ist, hat der Richter zu entscheiden.

§ 19.

Die Offenbarungspflicht beim Unterstützungsbetrug.

Die positivistische Auffassung vom Wesen der Rechtspflicht, insbesondere das Festhalten an einem bestehenden Rechtssatz, aus dem eine Rechtspflicht zur Offenbarung herzuleiten ist, hat, wie oben S. 33/35 ausgeführt wurde, bei dem Wohlfahrtsbetrug zu zufallsbedingten Ergebnissen geführt. Der Umschwung, der auch im Unterstützungsrecht eingetreten ist, verlangt die Beiziehung der Grundsätze von Treu und Glauben, Anstand und Sitte. Es besteht sonach für den Empfänger von öffentlichen und sozialen Unterstützungen, deren Gewährung von bestimmten gesetzlichen Voraussetzungen abhängig ist, eine Offenbarungspflicht bezüglich der Umstände, die den Wegfall oder eine Aenderung in der Höhe der Unterstützung bedingen.

[7] Hegler VD. S. 436; Frank § 263 II, 1; Binding I S. 346.
[8] vgl. oben S. 79.

Schlußbetrachtung.

Die Arbeit hat sich mit der in Wissenschaft und Rechtsprechung äußerst umstrittenen Frage beschäftigt, inwieweit Betrug durch Schweigen möglich ist. Es wurde von einer allgemeinen Stellungnahme zu den ebenfalls umstrittenen Begehungsstraftaten durch Unterlassung in Anbetracht der mannigfachen diese Streitfragen behandelten Arbeiten, abgesehen.

Der geistige Umbruch, der mit dem Siege der nationalsozialistischen Bewegung vor sich gegangen ist, berechtigte uns, zu untersuchen, inwieweit Treu und Glauben, Anstand und Sitte, eine Offenbarungspflicht beim Betrug begründen können.

Es war zunächst die Prüfung der grundsätzlichen Frage anzustellen, ob an dem Wesen des geltenden Betrugsbegriffes als einer Straftat gegen das Vermögen festzuhalten ist. Dabei konnte uns die geschichtliche Entwicklung und die Ausgestaltung des Betruges in ausländischen Strafgesetzbüchern, einen deutlichen Fingerzeig geben.

Die Darstellung der Rechtsprechung und der Rechtslehre zu den Fragen der Täuschungshandlung, insbesondere des Schweigens, hat uns gezeigt, zu welch zufallsbedingten Ergebnissen das unnachgiebige Festhalten an der für die Begehungsstraftaten durch Unterlassung bisher erforderlichen Rechtspflicht führen kann. Wir kamen zu dem Ergebnis, daß volkstümliche und lebensnahe Entscheidugnen nur durch die Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben, Anstand und Sitte möglich sind, die nach der in der nationalsozialistischen Weltanschauung gegründeten Einheit von Recht, Sitte und Moral als Grundsätze unserer gesamten Rechtsordnung auch auf dem Gebiete des Strafrechts Anerkennung finden müssen. Wir konnten an Hand der letzten Entscheidungen zu der Ueberzeugung gelangen, daß auch der oberste Gerichtshof das starre Festhalten an der für die Begehungsstraftaten durch Unterlassung erforderlichen Rechtspflicht aufgegeben hat.

Nachdem wir die Bedenken, die gegen die Anwendung dieser Grundsätze eingewandt werden können, widerlegt und auf die Vorteile, die eine richtige Anwendung bietet, hingewiesen haben, waren die Fälle zusammenzustellen — ohne damit den Anspruch der Vollständigkeit erheben zu wollen — in denen wir nach Treu und Glauben eine Offenbarungspflicht verlangen. Es war dabei als Richtschnur im Auge zu behalten, einmal mit der ganzen Strenge des Gesetzes betrügerischen Handlungen entgegenzutreten, um damit Anstand und Ehrlichkeit im Wirtschaftsleben wieder zur Geltung zu bringen, zum anderen dem Handel und Verkehr, wenn er entwicklungsfähig sein und bleiben soll, hierfür den nötigen Spielraum zu lassen.

Lebenslauf.

Am 25. Mai 1911 wurde ich als Sohn des Gastwirts und Metzgermeisters Hans Rues und seiner Ehefrau Maria, geb. Hoyler in Eßlingen a. N. geboren. Ich besuchte das Realgymnasium Eßlingen und legte daselbst im Frühjahr 1931 die Reifeprüfung ab. Von SS. 1931 bis WS. 1932/33 studierte ich an der Universität Tübingen Rechtswissenschaft, besuchte je ein Semester die Universitäten Berlin und München und belegte dann 2 Semester an der Universität in Tübingen. Am 4. Juli 1935 bestand ich die erste iuristische Staatsprüfung. Zur Zeit befinde ich mich im Vorbereitungsdienst beim Oberamt Eßlingen.